

HABEAS DATA
INSTRUMENTO DE DEFESA DO DIREITO À VIDA PRIVADA,
PELA SUPRESSÃO DE DADOS SENSÍVEIS.

ELIANA VOLCATO NUNES

DISSERTAÇÃO APRESENTADA AO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
COMO REQUISITO À OBTENÇÃO DO TÍTULO
DE MESTRE EM CIÊNCIAS HUMANAS
ESPECIALIDADE DIREITO

PROF. ORIENTADOR: DR. VOLNEI IVO CARLIN

FLORIANÓPOLIS
1995

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A dissertação: HABEAS DATA — Instrumento de defesa do direito à vida privada, pela supressão de dados sensíveis.

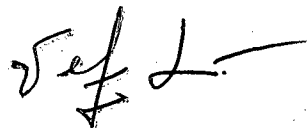
elaborada por ELIANA VOLCATO NUNES

e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, foi julgada adequada para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

Florianópolis, 25 de setembro de 1995.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Volnei Ivo Carlin — Presidente.



Prof. Dr. Clóvis de Souto Goulart — Membro

Prof. Dr. Luiz Adolfo Olsen da Veiga — Membro

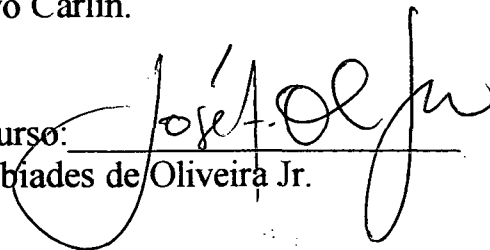


Prof. Orientador:

Prof. Dr. Volnei Ivo Carlin.

Coordenador do Curso:

Prof. Dr. José Alcibiades de Oliveira Jr.



RESUMO

A presente dissertação relata pesquisa sobre o instituto do habeas data, visto como instrumento de defesa da vida privada, pela supressão de dados sensíveis.

Inicia-se pela constatação de que se a Constituição de 1988, no inciso X, do artigo 5º, alçava a vida privada e a intimidade ao patamar de Liberdades Públicas, necessariamente deveria atribuir-lhe um meio de defesa eficaz.

Utilizando-se da regra de hermenêutica que determina o afastamento da norma genérica em favor da específica, o Habeas Data torna-se logicamente o instrumento de defesa da vida privada.

Mas, quais são os limites desta defesa?

Sustentamos que o termo retificar, constante do inciso LXII, do Artigo 5º, da Constituição Federal, inclui em seu sentido o direito de supressão de informações.

Assim, o Habeas Data transforma-se em ação/instrumento de defesa da vida privada, pela supressão de informações.

Porém, quais informações poderão ser suprimidas? Em que circunstâncias?

Para consecução deste objetivo, iniciamos a delimitação da expressão “dados sensíveis”, operacionalizando seu sentido, dentro da proposta — instrumento de defesa da vida privada pela supressão de dados sensíveis —, e, a narrar as características do direito à vida privada, que atuaram como parâmetros para a ação do habeas data.

Reconhecendo as dificuldades de conceituação do direito à vida privada, diante das inúmeras variáveis culturais, sociais e psicológicas que

o permeiam, optamos pela sua delimitação, através de formulação de listagens (numerus apertus). Genericamente, a expressão dados sensíveis, incidente na proposição central da pesquisa, é definida como todo o dado ou informe que poderá determinar a violação do direito à vida privada, pela sua manipulação, difusão ou armazenamento.

A partir de então, realizamos descrição da ameaça que a informática representa para o direito à vida privada e das dificuldades de controle dessa ameaça, face à dinâmica imposta pelo avanço tecnológico.

Destacamos a informática, como elemento que está promovendo uma rápida transformação social e que agrava e torna urgente a criação de mecanismos de defesa da vida privada.

Reconhecendo, a priori, a importância da informática para a manutenção de nosso modelo de organização social, procuramos delinear a necessidade de gerenciamento deste instrumento, para que no seu bojo não brote a semente da desintegração da personalidade humana.

Ingressando no estudo do Habeas Data, necessário se fez diferenciá-lo, frente ao mandado de segurança e clarificar suas peculiaridades.

Trata-se de ação personalíssima, pois defende direito da personalidade, intransmissível, absoluto, originário, portanto, só a pessoa física possui interesse processual e a legitimação ativa está restrita.

Sua legitimação passiva é ampla, podendo ser oposta contra toda e qualquer pessoa que possua cadastros e que terceirize suas informações.

Fixada a premissa de que existe certo tipo de dados ou informações, que por sua vinculação direta com o direito à vida privada, não podem ser tratados indiscriminadamente, e demonstrada as dificuldades de controle da informática, propomos que o habeas data, como ação constitucional destinada à defesa da liberdade pública da vida privada, seja utilizado para postular a prestação jurisdicional de supressão desses dados dos cadastros públicos ou publicizados.

Concretizamos nosso entendimento quanto às possibilidades eficáciais do Habeas Data, nessa proposta de ampliação interpretativa, como corolário lógico e inegável da defesa do direito à vida privada.

Para que esta defesa torne-se efetiva, entendemos como necessário:

1º) que ao judiciário seja dada a possibilidade de discutir a necessidade do registro de determinado informe, contrapondo o direito à vida privada com os direitos limítrofes (segurança e interesse histórico/cultural);

2º) que o judiciário reconheça a necessidade de inversão do ônus da prova, pois se pretendo terceirizar a informação como verdadeira, tenho que ter como demonstrar essa veracidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	VII
1. Objeto e Objetivos	VII
2. Aspectos Metodológicos	VIII
3. Revisão Bibliográfica	IX

CAPÍTULO I — DIREITO À VIDA PRIVADA	1
1. Nomenclatura — Intimidade ou Vida Privada	1
2. Vida Privada como Necessidade Humana	4
3. Dupla Proteção à Vida Privada	10
4. Vida Privada como Bem Jurídico	19
5. Características do Direito à Vida Privada	23
A. Direito da personalidade	24
B. Direito originário, inato ou generalidade do direito à vida privada.....	25
C. Direito subjetivo (público e privado)	26
D. Direito absoluto.....	27
E. Direito extrapatrimonial	28
F. Direito intransmissível em razão da morte	29
G. Direito imprescritível	30
6. Conteúdo do Direito à Vida Privada	35
A. Direito à identidade	37
A.1. Direito à imagem	38
A.2. Direito ao nome	39
B. Inviolabilidade de domicílio	40
C. Sigilo de correspondência	41
D. Direito ao esquecimento	42
7. Vida Privada. Limites e Variáveis.....	44
A. Segurança	45
B. Interesse histórico/cultural	48
8. Vida Privada. Busca de um Conceito	53

CAPÍTULO II — A AMEAÇA TECNOLÓGICA	61
<u>1. Informática como instrumento</u>	<u>61</u>
<u>2. O uso Abusivo da Informática</u>	<u>67</u>
A. Formas de intromissão na vida privada	74
B. Responsabilidade legal pela ingerência na vida privada.....	77
<u>3. Dificuldades de Controle dos Bancos de Dados</u>	<u>83</u>
<u>4. Controle dos Bancos de Dados</u>	<u>90</u>
 CAPÍTULO III — O HABEAS DATA	 102
<u>1. Histórico do Instituto e Significado do Termo</u>	<u>102</u>
<u>2. Estrutura do Instituto</u>	<u>109</u>
A. Condições da ação	110
B. Competência	115
C. Procedimento.....	117
D. O habeas data e o direito de informação	122
E. Eficácia e aplicabilidade do habeas data	126
<u>3. Possibilidades Eficáciais do Habeas Data</u>	<u>129</u>
 CONSIDERAÇÕES FINAIS	 142
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	146

INTRODUÇÃO

1. Objeto e objetivos

A elaboração da presente dissertação tem como objetivo, ou tema central, o estudo do instituto constitucional do habeas data, visto como instrumento de defesa do direito à vida privada.

Ainda dentro do tema central, traz uma proposição de uma interpretação ampliativa do sentido dado ao *wirt*, para incluir entre suas possibilidades de atuação já reconhecidas, de conhecimento e retificação dos registros, a de supressão de dados sensíveis constantes dos cadastros públicos ou publicizados.

Para consecução deste objetivo, iniciaremos com uma breve incursão pelos meandros do direito à vida privada. Essa incursão tem como objetivos a delimitação da expressão “dados sensíveis”, operacionalizando seu sentido, dentro da proposta — instrumento de defesa da vida privada pela supressão de dados sensíveis —, e, a narração das características do direito à vida privada, que atuaram como parâmetros para a ação do habeas data, que visa a sua proteção.

A partir de então, ingressaremos na descrição da ameaça que a informática representa para o direito à vida privada e, conjuntamente, a descrição das dificuldades de controle dessas ameaças, face à dinâmica imposta por essa tecnologia.

Delinear o potencial de violação do direito à vida privada, inúmeras vezes multiplicado pela informática, que possui ainda a característica de permanecer velado, oculto, dissimulado na memória eletrônica dos computadores, sem que o sujeito que tem sua vida devassada, o saiba.

Realizar uma reflexão sobre as formas de controle das ameaças que a informática criou para vida privada, propostas ou vigentes e estimular a análise das vantagens e deficiências desses sistemas.

Retratar a importância que o controle individual da veracidade das informações possui, como único meio de garantir absoluta conformidade dos registros com a realidade.

Então, ingressar no estudo do habeas data propriamente dito, para após uma rápida análise de sua formação no direito pátrio e de sua estrutura como instituto ou ação, expor a proposta de ampliação do significado da expressão retificar, constante da norma inscrita na letra “b”, inciso LXXII, do artigo 5º da Constituição Federal.

Explanar sobre as vantagens da tutela jurisdicional da vida privada, pela supressão de dados, em relação a outras formas de defesa e propor bases de entendimento que permitirão eficácia a este tipo de defesa, tendo o habeas data como instrumento.

2. Aspectos Metodológicos

A técnica de pesquisa adotada é a da pesquisa bibliográfica e documental, que retira aportes da doutrina, da legislação e da jurisprudência. Foi utilizado o método indutivo, preferencialmente, e o dedutivo, eventualmente, respeitando-se a melhor adaptação ao conteúdo em explanação. A técnica procedimental é monográfica.

Advertimos, entretanto, que a aprovação do presente trabalho acadêmico, não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nele é exposta.

3. Revisão Bibliográfica

O objetivo central deste trabalho não foi, ainda, devidamente explorado pela doutrina, de forma que são encontradas poucas e sucintas manifestações sobre a possibilidade do habeas data vir a tornar-se instrumento que defende o direito à vida privada, pela supressão de dados de um cadastro ou registro. Entre elas, podemos citar.

A. José Afonso da Silva, em *Mandado de Injunção e Habeas Data*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989., afirmando que o habeas data inclui o direito de subtração ou anulação de dados depositados em fichários eletrônicos. (p. 60).

B. Celso Ribeiro Bastos em *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. 2º Vol. São Paulo, Saraiva, 1988., lecionando a possibilidade de ampliação da expressão retificação, para incluir a supressão. (p. 364).

C. Ernesto José Pereira dos Reis, no texto Habeas Corpus - Habeas Data. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. vol. 83: p. 9-28. São Paulo, dez. 1990., também sustenta a possibilidade da exclusão do conhecimento alheio dos fatos relacionados com a intimidade. (p. 23/24).

D. René Ariel Dotti, em *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação: Possibilidades e Limites*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980. 300 p., redigido anteriormente a promulgação da Carta de 1988, e que já fazia esta proposta para que o instrumento que possibilitasse o acesso aos cadastros, analisasse a regularidade do compilamento, frente ao direito à vida privada. (p. 256).

Os demais textos produzidos sobre o habeas data, na doutrina pátria, passam ao largo da questão supressão de informações, sem, no entanto, justapô-la ao direito à vida privada, que necessita dessa garantia.

As demais categorias incluídas neste trabalho, são operacionalizadas no desenvolvimento, como parte da narrativa da proposta de ampliação interpretativa do instituto, pelo que deixamos de incluir um glossário, neste momento.

CAPÍTULO I - DIREITO À VIDA PRIVADA

1. Nomenclatura - Intimidade ou Vida Privada

A Constituição Federal, no art. 5º, X, refere como invioláveis a intimidade e a vida privada, reconhecendo que se tratam de categorias diferentes.

Efetivamente, a melhor doutrina alerta para a diferença existente, afirmando que a intimidade constituir-se-ia no núcleo da vida privada. Essa é a posição adotada por René Ariel Dotti, que a sustenta na autoridade de Hebarre, Raymund Lindon e na jurisprudência francesa¹

Tal distinção lança raízes na teoria dos círculos concêntricos ou teoria das esferas da personalidade. Hans-Heinrich Maass,² citado por Milton Fernandes, ao estabelecer uma escala progressiva de esferas onde se desen-

1 DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação: Possibilidades e Limites*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980. p.68.

2 A escala de Maass: Esfera íntima - esfera própria - esfera de confiança - esfera privada - esfera social - esfera pública. Segundo Milton Fernandes, o próprio autor dá especial relevo à esfera íntima, à esfera privada e, em progressão, à esfera pública, admitindo que a subdivisão, embora possível, é excessivamente detalhada e sutil, para serem tratadas pelo direito. FERNANDES, Milton. *Proteção Civil da Intimidade*. São Paulo, Saraiva, 1977. p.66.

volve a personalidade, explicita a diferença.³

A esfera íntima é um campo pessoal que, via de regra, deve permanecer inacessível até mesmo a conhecidos e amigos, um espaço de tranquilidade e imperturbabilidade, no qual somente podem desenvolver-se vida individual e ação criadora.⁴

Já a esfera privada, que é definida pela oposição à esfera pública, é aquela em que se pode limitar à liberdade de notícia e informação.

No mesmo sentido sustenta Paulo José da Costa Jr., apoiado em Henkel:

A esfera da vida particular ou privada poderia ser subdividida em círculos concêntricos, de diâmetros progressivamente menores, na medida exata em que for a intimidade restringindo.

Assim, o círculo externo seria abrangido pela esfera privada stricto sensu (Privatsphäre). Nela, estão compreendidos todos aqueles comportamentos e acontecimentos que o indivíduo deseja que não se tornem de domínio público.

(...)

No bojo da esfera privada, está contida a esfera da intimidade (Vertrauenssphäre) ou da confiança (Vertraulichkeitssphäre). Dela participam somente aquelas pessoas nas quais o indivíduo deposita certa confiança e com as quais mantém certa familiaridade.

(...)

Por derradeiro, no âmago da esfera privada, está o menor dos círculos concêntricos, (...) A "esfera do segredo" (Geheimsphäre). Ela compreende aquela parcela da vida particular que é conservada em segredo pelo indivíduo, do qual compartilham, quando muito, alguns amigos apenas.⁵

Entretanto, a distinção doutrinária não derivou em clara distinção de uso. As expressões intimidade e vida privada são utilizadas como sinônimos perfeitos, acrescentando-se a elas, ainda, as expressões reserva, recato, resguardo e privacidade, neologismo derivado da expressão "right of privacy".

Serrano Neves, após alertar para a má formação vernacular da expressão privacidade, opta pelo seu uso, seguindo Milton Fernandes, ante o que considera a insuficiência do termo intimidade.

"Intimidade (tão usado, no Brasil, pelos estudiosos do tema) é vocábulo econômico, insuficiente, que não alcança, por isso mesmo, todo o mapa mundi dos direitos da pessoa e da personalidade humanas.

Intimidade é palavra que designa, em suma, estado de ânimo, disposição de ânimo. Mas é sabido, no entanto, que os direitos aqui em estudo não se esgo-

3 Ibidem.

4 Apud FERNANDES, Op.cit.,p.67.

5 COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970. p.31/33.

tam na sua 'zona interna'."6

Dotti utiliza prevalentemente a expressão intimidade da vida privada, indicando-a como sinônimo de intimidade e privacidade, entretanto, observa que "Apesar da Lei Francesa de 1970 ter se referido somente à intimidade como valor protegido, as condições da vida moderna com as novas modalidades de invasão tecnológica, criaram a necessidade de proteção da esfera mais lata, abrangendo toda a vida privada."7

Diante deste alerta, utilizaremos, preferencialmente, a expressão vida privada, por ser, entre as escolhidas pelo legislador constitucional, a que traduz a idéia mais abrangente, possibilitando a melhor e menos restritiva interpretação dos instrumentos de defesa da personalidade humana.

Quanto à expressão intimidade, dela faremos uso em seu sentido próprio, como núcleo da vida privada, ou como diz Dotti, "...o objeto do direito à vida privada é à intimidade por ele preservada, como um bem jurídico que reflete valores materiais, morais e espirituais."8

6 NEVES, Francisco de Assis Serrano. *Tutela Penal da Solidão*. Rio de Janeiro, Trabalhistas, 1981. p.25.

7 DOTTI, Op.cit.,p.69.

8 DOTTI, Op.cit. p.96.

2. Vida Privada como Necessidade Humana

" O não reconhecimento do direito a uma vida privada, razão de ser da pessoa, é a própria negação do homem completo."(Lucien Martin).⁹

O estudo da vida privada necessariamente ingressa em outras áreas do conhecimento humano além da do direito, e especialmente na da Psicologia que nos informa sobre a relevância da vida privada e da intimidade na formação da personalidade humana.

Para a Psicologia, segundo Walter Moraes, a personalidade é definida como a individualidade do homem, que pela conjugação de fatores psíquicos e físicos e outros traços característicos, tornam cada um, alguém externamente inconfundível.¹⁰

A preservação desta silhueta psíquica individual passa necessariamente pela preservação de um mínimo de vida privada, na qual, através da auto-reflexão e de uma ação criadora, o homem poderá reafirmar o seu "eu", o seu modo peculiar de ser, reforçando as diferenças de caráter que o distinguem em relação aos outros membros da comunidade.

Esse desejo de subtrair as nossas experiências íntimas ao controle do mundo exterior, interiorizando-as, justifica-se pelo fato de nada mais ser que o corolário do nosso anseio por uma personalidade independente.¹¹

Guglielmo Gulotta ensina que a psicologia distingue comumente o comportamento humano, de um ponto de vista objetivo, em aberto e coberto. Os comportamentos abertos são os que de qualquer modo agem sobre outras pessoas ou

⁹ Apud OLIVEIRA, Moacyr de. Intimidade. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. Vol. 46. São Paulo, Saraiva, 1980. p. 101.

¹⁰ MORAES, Walter. Concepção Tomista de Pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade. *Revista dos Tribunais*, Vol. 590: p. 14-24. São Paulo. Dez. 1984. p. 16.

¹¹ COSTA Jr, Op. cit., p. 22.

se têm na presença destas; tais condutas são, por isto, diretamente perceptíveis e avaliáveis.

Os comportamentos cobertos são, ao invés, os normalmente imperceptíveis por outros, ou por sua natureza (fantasias, sonhos), ou porque o sujeito voluntariamente não os tem na presença de outros.¹²

As condutas cobertas correspondem ao eu privado e as abertas, ao eu social.

A honra, em sentido objetivo, situa-se no plano dos comportamentos abertos; em sentido subjetivo, no nível dos cobertos. A intimidade, o mais restrito dos círculos concêntricos, passa-se no eu individual; as esferas de confiança e da vida privada, em sentido estrito, desenvolvem-se no eu social.¹³

Entretanto, o eu individual e o eu social não são compartimentos estanques, separados. O eu individual e o eu social se complementam, intercomunicam-se e influenciam-se reciprocamente, de acordo com as experiências acumuladas.

Isto é bem demonstrado pela análise funcional que Milton Fernandes faz da personalidade humana, apoiado nos ensinamentos de Franco Ligi:

... ao mesmo tempo em que extrai grande utilidade do mundo exterior, isto é, dos entes, coisas ou pessoas, não importa, a retira de si mesmo. Enquanto a busca em si próprio, é auto-suficiente. Esta auto-suficiência significa o aspecto íntimo (referente à ciência jurídica) da personalidade e compõe a funcionalidade desta. O tema, na realidade jurídica e econômica, é evidenciado pelo fato de ser o homem idôneo sujeito em ambas as ordens. Pode perceber determinada utilidade em si mesmo, sem a necessidade de relações externas. Manifestações evidentes desta verdade encontram-se no pensamento, na criação artística e em algumas formas de trabalho. Estas duas faces da auto-suficiência humana exprimem-se com os termos sociabilidade e individualidade.¹⁴

A conjugação das experiências da individualidade com as experiências do mundo exterior moldarão a personalidade humana, definir-lhe-ão uma silhueta psíquica única. O equilíbrio entre essas duas ordens de experiências é fundamental para o equilíbrio do próprio ser. É necessário ao homem que mantenha uma zona ou círculo de intimidade, de vida privada, assim como é necessário que mantenha uma vida comunitária, social.

12 FERNANDES, Op.cit., p. 74.

13 Ibidem.

14 FERNANDES, Op.cit., p. 69.

O ponto nodal desse direito encontra-se na exigência mental ínsita no psiquismo humano, que leva a pessoa a não desejar que certos aspectos de sua personalidade e de sua vida cheguem ao conhecimento de terceiros.¹⁵

Há um anelo de vida própria do homem e decorrente de sua natureza e, por este motivo, aceita pela coletividade. Animal social, o homem é também, simultaneamente, um animal reservado. Apenas em aparência a afirmação pode ser contraditória. Em realidade, existe uma esfera do ser e do viver que a pessoa pretende, justamente, isolar do convívio com o semelhante.¹⁶

Esta necessidade humana de ver preservado, ao mesmo tempo, seu eu social e seu eu individual, refletiu-se no Direito, como uma imposição de criação de mecanismos de defesa.

O grau de perigo que pairava sobre cada esfera da personalidade modificou-se com o tempo, modificando também a resposta à necessidade apresentada.

Assim, ensina John Stuart Mill:

Em alguns estágios primitivos da sociedade, essas forças poderiam ir, e foram, muito além do poder que a sociedade possuía, de discipliná-las e controlá-las. Tempo houve em que o elemento da espontaneidade e individualidade foi excessivo, e o princípio social travou penosa luta. A dificuldade residiu, então, em induzir homens fortes de corpo e espírito a prestarem obediência às normas que lhe solicitavam controle dos impulsos. Para vencerem, a lei e a disciplina, como os Papas em luta com os imperadores, afirmaram um poder sobre o homem todo, reivindicando o controle de toda sua vida a fim de lhes controlarem o caráter — para cujo domínio não encontrara a sociedade outro meio. Agora, porém, a vantagem cabe à sociedade sobre a individualidade. E o perigo que ameaça a natureza humana não é o excesso, mas a deficiência dos impulsos e preferências pessoais.¹⁷

Inicialmente, o Direito, tendo como prioritária a preservação do homem como membro da sociedade, tratou de garantir-lhe a vida e os bens materiais, completamente alheio às ameaças à individualidade, que então não representavam perigo algum.

Esta visão está refletida na afirmação de Derek H. Hene, lembrada por Milton Fernandes: “No passado, a necessidade de estar só era atribuída à excentricidade. Em um mundo de população muito reduzida com

15BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1989. p.103.

16 FERNANDES, Op.cit., p.98.

17 MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. 2ª ed. Petrópolis, Vozes, 1991. p.102.

amplos espaços vazios, não se pensava em isolamento.”¹⁸

As próprias condições geográficas, de então, estabeleciam proteção eficiente à individualidade, garantindo ao homem a vida privada que necessitava.

Heinrich Hubmam identifica na evolução da humanidade mudanças de perspectiva, coincidentes com as divisões da história, que explicam esta transformação do Direito.

Enquanto o pensamento antigo se voltou para a natureza, o cosmo, a Idade Média, desdobrando este limite, aspirou por uma ligação com o mundo sobrenatural do homem com Deus; na Idade Moderna, a tudo se acresceu uma auto-reflexão, uma investigação intensiva do interior humano e de suas forças.¹⁹

O direito, sempre respondendo as novas necessidades impostas pelas condições de vida, foi lentamente estabelecendo as garantias à individualidade. Durante o longo caminho percorrido criou os mais variados mecanismos de defesa da vida privada e, conseqüentemente, da individualidade, como as garantias de propriedade e do direito de vizinhança, o segredo epistolar, o segredo profissional, etc.

Nesse sentido, pode-se concordar com a afirmação de Serrano Neves, que diz: “Antigo como o mundo (e não surgido no sec.XIX, como querem alguns doutrinadores), o direito à intimidade da vida privada, na verdade, é bem mais velho, por isso que, em resumo, declarado por Jó (21.9) nestes termos - “As suas casas têm paz, sem temor”.²⁰

Entretanto, como bem jurídico independente, protegido com o único fundamento de que o homem necessita preservar sua individualidade, sua intimidade, sua vida privada, esta resposta do Direito, que reconheceu a autonomia da vida privada como bem carecedor de proteção, só iria surgir a partir da Idade Moderna. Surgiu em conseqüência das mudanças das condições de vida daquele momento histórico, com o nascimento dos grandes aglomerados urbanos, e se reafirma a cada momento, face às atuais condições de vida. Essa é a visão de Milton Fernandes, René Ariel Dotti e Paulo José da Costa Jr.

No mesmo sentido, afirma Carlos Francisco Sica Diniz:

...a estruturação da tutela jurídica da vida privada caminhou, lado a lado a la-

18 Apud FERNANDES, Op.cit., p.12/13.

19 Apud FERNANDES, Op.cit., p.5.

20 NEVES, Op.cit., p.26.

do, com a evolução social em curso. As grandes concentrações humanas nas cidades, nos locais de trabalho e nas moradias; o progressivo aumento da população; a crescente necessidade de informação e muitos outros fatores que caracterizam o mundo hodierno, com especial notoriedade o avanço tecnológico, tudo isso induziu os sistemas jurídicos à tomada de posição definitiva da defesa dos indivíduos contra as ameaças de violação de sua vida privada. Deu-se conta o jurista da existência de verdadeiro bem jurídico (a intimidade, ou privacidade), carente de tutela e dotado de plena autonomia.²¹

Este reconhecimento sofreu e vem sofrendo grande impulso com o desenvolvimento da tecnologia de captação e reprodução da imagem, do som e da informação. A ciência e a técnica, a cada dia, aumentam os perigos, antes desconhecidos, de aniquilação da individualidade pela invasão à vida privada.

Na realidade, as condições sociais atuais modificaram-se profundamente, criando grandes perigos para o equilíbrio do ser humano, de dilapidação de sua individualidade, através da violação de sua vida privada. Não têm sido poucos os alertas feitos, entretanto a ameaça perdura, cada dia mais insidiosa.

É que a civilização da técnica, identificando o homem com sua função social, transformando-o em insignificante peça da complexa engrenagem industrial, nele inculca sentimentos de desvalorização. Ele se sente esmagado pelo anonimato, pela diluição de sua individualidade nas grandes concentrações urbanas da era industrial tecnológica, de sorte que a exposição de sua vida à curiosidade e controle alheio resulta, paradoxalmente, na superação de sua mediocridade. Ser espionado é, de algum modo, ser importante. Este sentimento a tal ponto difundido e prestigiado pela filosofia tecnológica que, nos tempos vertentes, a vida privada, a solidão, é interpretada como prazer vicioso, índice de excentricidade, sintoma de marginalização e mediocridade.²²

Há necessidade de preservação da vida privada, pois não está a salvo e requer a cada dia providências mais eficazes e enérgicas. Num mundo onde cada vez mais se controla a informação e procura-se uniformizar o agir humano, a resposta do direito tem que ser mais e mais abrangente e incisiva, como garantia da própria sobrevivência da dignidade, valor intrínseco que existe na diversidade.

Admite-se mesmo que o homem que perde a intimidade acaba perden-

21 DINIZ, Carlos Francisco Sica. Privacidade. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*. Coordenação Prof. Limongi França. Vol. 61: p. 170-175. São Paulo. 1981. p.170.

22 COSTA Jr, Op.cit.,p.16.

do a própria liberdade. Para outros estudiosos, o cidadão devassado em sua vida íntima e em sua personalidade não teria como sobreviver no mundo real, porque seu ambiente cultural estaria em desintegração.²³

Nos ensinamentos de John Stuart Mill, além da necessidade individual, observamos que o reconhecimento e a proteção desta imposição da natureza humana é vista como mola propulsora do progresso social, uma necessidade de toda a humanidade, o que reforça a posição já citada de Hans-Heinrich Maass:

Assim como é útil, enquanto a humanidade seja imperfeita, que haja diferentes opiniões, assim também o é que haja diferentes experiências de maneiras de vida, se dêem largas livremente, salvo a injúria a outrem, as variedades de caráter, e que o mérito dos diversos modos de vida seja praticamente provado, quando alguém se julgue em condições de experimentá-lo. É desejável, em suma, que, nas coisas que não digam respeito primariamente aos outros, a individualidade se possa afirmar. Onde a norma de conduta não é o próprio caráter, mas as tradições e costumes alheios, falta um dos principais ingredientes do progresso individual e social.

(...)

(...) se fosse sentido que o livre desenvolvimento da individualidade é um dos elementos capitais da essência do bem-estar, que ele não é apenas um elemento coordenado como tudo que se designa pelos termos - civilização, instrução, educação, cultura, mas é, ele próprio, parte e condição necessária de todas essas coisas, não haveria perigo de que a liberdade fosse subestimada, e a delimitação de fronteiras entre ela e o controle social não apresentaria dificuldades fora do comum.^{24 25}

²³ SIQUEIRA, Ethevaldo. O Computador Viola o Direito à Intimidade. *O Estado de São Paulo*. São Paulo. em 31 de agosto de 1975.

²⁴ Ver nota 4.

²⁵ MILL, Op.cit.,p.98.

3. Dupla Proteção à Vida Privada

Ultrapassado o limite em que o direito de propriedade garantia ao homem o mínimo de intimidade necessária à recomposição de sua energia física e psíquica, eis que, mesmo encerrado em sua casa, em seu castelo, a técnica não o deixa só, possibilitando que se lhe captem a imagem e a voz, e, de modo tão ou mais insidioso, transmitam-se informações sobre ele, acumuladas, o mais das vezes, sem o seu conhecimento ou consentimento.

Reconhecida a verdade contida nas advertências feitas, quanto ao perigo da invasão da vida privada, como por exemplo, as contundentes afirmações do Professor Beaney, lembrado por Dotti:

Não é preciso ser muito inteligente para ver que se esta tendência cada vez maior em direção à ingerência na intimidade, através de grupos privados e organizações de todas as classes e também pelo Governo, não for controlada, em vinte ou trinta anos ninguém se preocupará em levantar questões sobre a intimidade, já que aceitaremos como um fato evidente que vivemos num aquário e que não somos homens livres, mas peixes.²⁶

Concretizadas as primeiras violações, o homem vendo suas criações virarem-se contra si, buscou no Direito uma salvaguarda. Tentou criar no ordenamento jurídico o antídoto, o contrapeso que equilibraria a tendência desordenada de investigação e ingerência em sua vida privada.

Conforme abriram-se os níveis de consciência, para as ameaças à vida privada, foram, simultaneamente, nascendo as defesas.

O reconhecimento do Direito à vida privada, desvinculado de outros direitos, iniciou-se pela jurisprudência, notadamente na Inglaterra, França e Estados Unidos da América, tendo como objeto a violação perpetrada entre particulares, como podemos observar nos relatos históricos.

Dotti, citando o trabalho de Urabayen, relata o caso Jonathan Swift vs. Alexander Pope, de 1741, no qual a Câmara dos Lordes proibiu a divulgação e venda de livros contendo correspondência particular de Pope.

Na França, Urabayen relata o caso Raquel, que versava sobre a divulgação de sua imagem, no leito mortuário, cujas fotografias foram encomendadas pela irmã da atriz, com expressa recomendação de não divulgação,

26 DOTTI, Op.cit.,p. 30.

considerado o primeiro precedente jurisprudencial francês.

Nos Estados Unidos da América, o reconhecimento judicial foi precedido pelo já afamado artigo "The Right To Privacy", de autoria de Warrem e Brandeis, que poucos anos após foi aceito pelos Tribunais.²⁷

Entretanto, a positivação do direito à vida privada tomou o caminho inverso, iniciando pelo direito público, constitucional e penal, defendendo algumas projeções ligadas à vida privada, como o sigilo de correspondência e a inviolabilidade de domicílio e, no passo seguinte, estas defesas estruturaram-se, contra o poder e a ingerência infringida pelo Estado ao indivíduo, sob o título próprio da defesa da vida privada, surgindo nas declarações de direitos humanos e nas constituições.

Declaração Universal dos Direitos do Homem, Assembléias Geral das Nações Unidas, 10 de dezembro de 1948:

Art. 12. Ninguém será objeto de interferência arbitrária em sua vida privada, familiar, domiciliar ou correspondência, nem a ataques a sua honra ou reputação. Toda pessoa tem Direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Convenção Européia dos Direitos do Homem, Roma, 4 de novembro de 1950:

Art. 8º. 1) Toda pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada e familiar, de seu domicílio e de sua correspondência.

2) Não pode haver interferência de uma autoridade pública no exercício deste direito, a menos que esta ingerência seja prevista por lei e constitua uma medida que, em uma sociedade democrática, é necessária à segurança nacional, à segurança pública, ao bem-estar econômico do país, à proteção da saúde ou da moral ou à proteção dos direitos e liberdades alheias.

Pacto Internacional das Nações Unidas, relativo ao direito civil e político, Teerã, 16 de dezembro de 1966:

Art. 17. 1º) Ninguém será objeto de interferência arbitrária ou ilegais em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de atentados ilegais a sua honra e a sua reputação.

2º) Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais atentados.

Convenção Americana dos Direitos do Homem, São José da Costa Rica, 22 de novembro de 1969:

Art. 11. Direito à vida Privada.

²⁷ DOTTI, Op.cit.,p. 44/61.

1) Toda Pessoa tem o direito de ter sua honra respeitada e sua dignidade reconhecida.

2) Ninguém pode ser objeto de interferência arbitrária ou abusiva em sua vida privada, sua família, seu lar ou sua correspondência, ou ataques ilegais à sua honra ou reputação.

3) Toda pessoa tem um direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

O inciso 2, do art. 8º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem traz uma expressiva indicação do motivo pelo qual a proteção à vida privada desenvolveu-se inicialmente no direito público. Poderíamos lê-lo na forma de alerta: pode haver interferência de uma autoridade pública no exercício do direito à vida privada (e em muitos outros direitos), em uma sociedade não democrática, sob a falsa alegação de necessidade da segurança nacional, da segurança pública, do bem-estar econômico do país, da defesa da ordem e da prevenção de infrações penais ...

Em 1950, apenas cinco anos do término da 2ª Guerra Mundial, as lembranças das ingerências que os Estados não democráticos infringiram estavam bem presentes no cotidiano da Europa.

O poder descomunal que o Estado detém diante do indivíduo, quando não se encontra bem dimensionado pela lei e pela prática política, fornece a devida motivação para que a luta pela fixação de mecanismos de proteção da vida privada inicie-se pelo direito público.²⁸

Frente a um Estado violador e ao desamparo da lei, pouco ou nada resta ao homem fazer, senão promover a subversão à ordem imposta. Não pretendendo viver eternamente em luta, limitou os poderes do Estado.

Ao limite do poder do Estado corresponde um direito de outro sujeito, que com a sua vontade pode pretender que ele não seja ultrapassado. Em tal hipótese, temos os verdadeiros e próprios direitos de liberdade... Têm por objeto a independência do Estado, numa certa esfera de atividade sendo correlatos à obrigação deste último para com seus sujeitos de absterem-se de toda intervenção ilícita nesta atividade.

Um direito de liberdade é um direito a uma omissão por parte do Estado, não ao cumprimento daquela ou daquelas ações positivas, que em seguindo a re-

28 " O poder absoluto, exercido pelo Estado sem qualquer restrição, inviabiliza, numa comunidade estatal concreta, a prática efetiva das liberdades públicas. Karl Loewenstein, em obra clássica sobre o processo do governo e o exercício do poder político (v. "Teoría de la Constitución"), assinala o caráter desigual das relações entre o Estado e o indivíduo e acentua a necessidade de estabelecer mecanismos de controle que inviabilizem a onipotência da sociedade estatal." RAMOS, Saulo. Consultoria Geral de República (Parecer SR 71, de 6 de outubro de 1988.). *Diário Oficial da União*. 11 de outubro de 1988. p. 19804.

ferida omissão, permanece livre.²⁹

Do reconhecimento do direito à vida privada, no plano das Declarações de Direitos do Homem, passou-se, então, ao reconhecimento no plano positivo dos ordenamentos jurídicos de cada Estado. Nasce aí o direito à vida privada como Liberdade Pública.³⁰

As Liberdades Públicas distanciam-se dos direitos do homem com respeito ao plano, pois, conforme se expõe, os direitos inatos ou direitos naturais situam-se acima do direito positivo e em sua base. São direitos inerentes ao homem, que o Estado deve respeitar e, através do direito positivo, reconhecê-los e protegê-los. Mas esses direitos persistem, mesmo não contemplados pela legislação, em face da noção transcendente da natureza humana. Já por Liberdades Públicas, entendem-se os direitos reconhecidos e ordenados pelo legislador: portanto, aqueles que, com o reconhecimento do Estado, passam do direito natural para o plano positivo.³¹

Como exemplo da positivação do direito à vida privada, podemos citar:

Constituição da Suécia:

Capítulo 1º. Art. 2º. O poder será exercido, respeitando-se a igualdade de todo ser humano e visando a liberdade e a dignidade do indivíduo.

(...)

A comunidade deve agir com vistas a que as idéias democráticas se tornem as diretrizes em todos os setores da sociedade; deve garantir direitos iguais aos homens e mulheres e proteger a vida privada e familiar do indivíduo.

Constituição da Bulgária, promulgada em 1971:

Art. 50. Cada Cidadão tem direito a ser protegido contra qualquer ingerência ilegal em sua vida privada e familiar e contra tudo que signifique menoscabo a sua honra e seu nome.

Constituição da Iugoslávia, promulgada em 1974:

art. 176. É garantida a inviolabilidade da integridade da pessoa humana, de sua vida pessoal e familiar e a outros direitos da pessoa.

Constituição de Portugal, promulgada em 1976:

Art. 26. 1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, à

²⁹ ROMANI, Santis. *Princípios do Direito Constitucional Geral*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977. p. 159.

³⁰ "Parece não haver dúvidas de que o termo "público" pressupõem a intervenção do Estado. Assim, não existem em verdade liberdades privadas, mas todas elas, quer interessem diretamente às relações entre particulares ou destes com o poder, são públicas na medida que só entram para o Direito Positivo no momento em que o Estado lhes assegura o respeito e lhes garante o exercício." DOTTI, Op.cit., p.4.

³¹ BITTAR, Op. cit., p.24.

capacidade civil, à cidadania, ao bom nome, à reputação, à imagem e à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

Constituição da Espanha, promulgada em 1978:

Art. 18. 1. Será garantido o direito à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem.

Constituição da Nicarágua, de 19 de novembro de 1986:

Art. 26. Toda pessoa tem direito:

1. A sua vida privada e a de sua família.

Constituição da República da Coreia, de 12 de julho de 1948, emendada em outubro de 1987:

Art. 17. A privacidade dos cidadãos não será desrespeitada.

Constituição da República do Suriname, promulgada em 31 de outubro de 1987:

Art. 9.1. Todos têm direito à integridade física, psíquica e moral.

Art. 17.1. Todos têm direito ao respeito por sua vida privada, por sua família, pelo seu domicílio e por sua honra e boa reputação.

Constituição do Brasil, promulgada em 1988:

Art. 5º, X. São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material e moral decorrente de sua violação.

Anteriormente a isso, e de forma mais genérica, podemos citar:

Constituição da Itália, promulgada em 1947:

art. 2º. A república reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, seja isoladamente, seja na formação social onde desenvolve sua personalidade e exige o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social.

Constituição da Alemanha, promulgada em 1948:

Art. 1º. A dignidade da pessoa humana é inviolável.

Art. 2º. Todos têm direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, nos limites dos direitos de outrem, da ordem constitucional e da ordem moral.

Organizando a preservação do indivíduo contra o arbítrio do Estado, as constituições, através das declarações de direitos fundamentais, criaram o que Orlando Gomes chama de direitos subjetivos públicos³²

O vocábulo "público", que segue a expressão direito subjeti-

³² GOMES, Orlando. Direitos da Personalidade. *Revista Forense*. Vol 216. Rio de Janeiro, Forense, 1966. p.7.

vo, deve ser atribuído à clássica divisão dicotômica do Direito em público e privado, conforme se estrutura a relação jurídica entre a pessoa e o Estado no exercício da soberania, uma relação vertical, e entre suas pessoas num mesmo plano, uma relação horizontal.

Direitos subjetivos porque a cada Liberdade Pública positiva, cria o Estado uma obrigação (de não-fazer) frente ao cidadão.³³

A organização de um sistema de proteção da individualidade no direito público foi seguida pela organização desta mesma proteção no direito privado, tendo em vista as ingerências e conflitos havidos entre as pessoas, num plano horizontal. No nosso século a estruturação destas defesas sofreu impulsão tão expressiva que De Cupis afirmou que é no Direito privado que se encontra o centro da irradiação dos Direitos da Personalidade.³⁴

A precedência do Direito Público ao Direito Privado nesta matéria é explicada por Jacques Velu, quando afirma:

O Liberalismo do século anterior dominado pela idéia de um conflito permanente entre o Estado e o Indivíduo, que levava os governantes a abusarem do poder, parecia necessário tanto quanto possível a limitação deste mando. Já na democracia econômica e social da primeira metade do nosso século modificou-se consideravelmente esta doutrina. Os direitos do homem não mais se conceberam unicamente como meio de limitação do poder. Surgiu, de uma parte, um domínio novo das liberdades individuais: os direitos sócio-econômicos que devem assegurar a todos os governados condições necessárias de exercício das liberdades. De outro, alterou-se o conteúdo destas últimas, a preocupação não era mais somente pô-las ao abrigo da intervenção do Estado: pretendia-se protegê-las igualmente contra a ação dos particulares e do poder econômico.³⁵

De outro lado, Moacyr Oliveira, também explicita esta precedência do direito público:

Por ser uma das garantias fundamentais pela primeira vez expressa na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948, art.12), precedeu-se o direito subjetivo à vida privada do ordenamento positivo constitucional e penal, em algumas de suas projeções.

(...)

Sua evolução, pois, dentro do gênero a que pertence, o dos direitos personalíssimos, fez-se legislativamente no plano das normas públicas, só em tempos recentes sendo reivindicada pelos civilistas a sua disciplina.

Em outros sistemas civis, passos definitivos foram dados no sentido do regime privado de amparo à intimidade: o novo Código português, de 1967, no art.

33 Ver Cap.I.2.

34 FERNANDES, Op.cit., p.12.

35 FERNANDES , Op.cit., p.7.

80; a alteração do art. 9º, por lei de 1970, do Código francês; e a do argentino, pela inclusão do art. 1.071- no código civil, sob o título "Dos atos ilícitos". Nos EUA entrou em vigor em 1975 o Privacy Act, em defesa do "direito mais valorizado do homem", segundo opinou a Corte Suprema, reagindo às violações sub-reptícias dos órgãos governamentais e particulares, capazes de controlar os pensamentos e hábitos mais secretos do cidadão.³⁶

Como interesse econômico não se detém espontaneamente, só porque a persecução de seus objetivos implica em atentar ou violar a personalidade de um, alguns ou muitos indivíduos e como este mesmo interesse econômico, com o desenvolvimento do capitalismo pós-revolução industrial, tornou-se uma grande força dentro da sociedade, sendo que alguns conglomerados econômicos podem ser comparados ao Estado, em poder.

Como, por outro lado, as novas criações tecnológicas, que se popularizam (filmadoras, gravadores, teleobjetivass, etc.), permitem que os mais curiosos dêem vazão a sua indiscrição, das mais variadas formas e sem serem percebidos pelo observado.

As mesmas projeções da personalidade humana que receberam a proteção do Direito Público, sob o título de Liberdades Públicas, passaram a receber a proteção do Direito Privado, recebendo o nome genérico de Direitos da Personalidade, entre elas a necessidade de vida privada.

Em outras palavras, os Direitos da Personalidade e as Liberdades Públicas apresentam uma unidade ou identidade de objeto, variando apenas as pessoas entre as quais se desenvolve a relação jurídica, os direitos e deveres.

Não há dúvidas sobre o caráter "misto" deste novíssimo direito. Ele é um setor do direito público na medida em que o Estado tem o dever de tutelar contra si mesmo, pelos abusos que seus agentes poderão cometer; e é uma parte do direito privado quando a lei civil reconhece o direito à intimidade de uma pessoa contra as demais, cominando sanções para a violação.³⁷

Como a relação jurídica caracteriza-se por uma prestação negativa (não-fazer), diante da não violação, ou seja, diante do respeito à vida privada, o direito revela-se somente pelo gozo e fruição.

Os direitos de dupla face, pública e privada, apresentam-se na esfera do Direito Civil, quando se concretizam numa relação jurídica entre particulares sob a forma de uma obrigação contraída por seu titular voluntariamente, ou imposta pela lei a quem os viola, cometendo ato ilícito, Evidentemente compreendem faculdades de atuação, mas enquanto não são atingidos permanecem como potencialidade, naquela esfera em que passam despercebido ou simplesmente se revelam como sim-

36 OLIVEIRA, Op. cit.,p.101.

37 DOTTI, Op.cit.,p. 101.

ples poderes individuais^{38, 39}

Na esfera civil, a cada violação caberá ao titular do direito à vida privada, uma ação de reparação de danos, fundada na ilicitude do ato. Tem, o titular do direito, em caso de ameaça não concretizada, o acesso à generalidade das ações cautelares.

De outro lado, na esfera pública, concretizar-se-ão como Liberdades Públicas, receberão tutela constitucional através de ações e medidas específicas, criadas e destinadas à preservação dos direitos individuais frente ao Estado, e podem receber proteção do Direito Penal, como já recebem algumas manifestações do direito à vida privada, por exemplo: a inviolabilidade de domicílio e o segredo de comunicações.

A tutela civil é tida como mais eficiente, comparada à tutela penal, eis que dispensa a tipificação precisa, o que revela melhor adequação à natureza do direito à vida privada, muito maleável, e, está a salvo de indultos penais, na respeitada opinião de Paulo José da Costa Jr.⁴⁰ e Milton Fernandes.⁴¹

Porém, mesmo a tutela civil cautelar, que pressupõe, no mínimo, o conhecimento da ameaça pela vítima, não parece ter eficiência contra a ameaça oculta, dissimulada, representada pelo acúmulo de informações em bancos de dados, podendo, nestes casos a vítima sofrer o dano, sem saber sua origem, portanto, não poder defender-se dele.

Esta deficiência da tutela civil, unida ao marcante caráter "misto" do direito à vida privada, e diante da forma com que o constituinte pátrio dispôs sobre a sua proteção, está a indicar que diferenciação na forma de agir, para busca da tutela jurisdicional contra o Estado e o particular poderá desdobrar os severos limites impostos. Pretendemos demonstrar que, as garantias constitucionais desenvolvidas terão dúplice uso, para tutelar o indivíduo contra o Estado e, também, contra os demais indivíduos, dentro de determina-

38 GOMES, Op.cit.,p. 7.

39 A afirmação de que os direitos da personalidade, entre eles o direito à vida privada "passam desapercibidos ou simplesmente se revelam como simples poderes individuais" não nos parece a mais apropriada. Pode induzir a entendê-los como direitos potestativos, estes sim poderes conferidos pela lei a alguém. Os direitos da personalidade não podem ser entendidos como poderes, são direitos a uma prestação, tanto que passíveis de violação. Os direitos da personalidade, quando respeitados permanecem em posição similar aos direitos reais, quando respeitados, não são simples poderes, advém de uma relação jurídica entre o indivíduo e a coletividade, existe um sujeito passivo, universal e indeterminado, esta determinação só ocorrerá com o nascimento da ação, ou seja, a violação do direito.

40 COSTA Jr., Op.cit.,p. 104.

41 FERNANDES, Op.cit., p. 101.

das circunstâncias, principalmente contra a ameaça oculta.

4. Vida Privada como Bem Jurídico

"Poderíamos partir de la comprobación de un hecho social de importancia: nuestra cultura actual reconoce que existe un ámbito de la vida de cada persona que solamente concierne a esta y que queda reservado para los demás." (Eduardo Novoa Monreal)⁴²

Estabelecida a necessidade humana de preservação de sua individualidade, como condição para sobrevivência do próprio homem; reconhecida a circunstância de que esta individualidade necessita de um espaço próprio para manifestação (comportamentos cobertos),⁴³ ou seja, de uma vida privada; demonstrada a relativa ineficácia da resposta jurídica tradicional (direito de propriedade, de vizinhança, inviolabilidade física do domicílio, etc.); respondeu o direito, estabelecendo novas bases de proteção, fundamentando-as na própria necessidade de vida privada, para limitar a ação do grupo, em favor do indivíduo.

Paralelamente a caracterização do direito à vida privada como direito autônomo, hoje internacionalmente reconhecido, incitou longa disputa filosófica quanto a sua natureza.

Inicialmente, preponderou a doutrina que concebia a vida privada como um direito que o homem tinha sobre sua própria pessoa.

Milton Fernandes, lembrando esta teoria, chama atenção para Baltasar Gomes de Amescúa: "O espanhol Baltasar Gomes de Amescúa, em um livro do século XVII, 'Trattatus in se Ipsum', em que defendeu a tese de que todo o homem por lei da natureza e pelos preceitos do direito civil, canônico ou real, tem uma potestas in se ipsum."⁴⁴

Tal visão implica na fusão dos conceitos de sujeito e objeto de direito. O homem seria ao mesmo tempo agente e objeto da ação.

42 MONREAL, Eduardo Novoa. *Derecho de la Vida Privada y Libertad de Informacion - un conflicto de derechos*. México (DF). Siglo Vintiuno Editores, 1981. p.35

43 Ver Cap.I.2.

44 FERNANDES, Op.cit.,p.8.

Esta posição é defendida , no direito brasileiro, por Carlos Alberto Bittar:

Por fim, os direitos da personalidade representam, no fundo, 'jura in se ipsum', eis que referem-se à própria pessoa, tendo como objeto seus atributos substanciais e, como fundamento, a própria essencialidade do ser⁴⁵

De outro lado, observamos a concepção de que sujeito e objeto de direito são entes separados. E que a vida privada é uma "emanação da personalidade", que se caracteriza como objeto na relação jurídica estabelecida entre um indivíduo e o todo, o grupo, a sociedade.

Integramos-nos a esta corrente de pensamento, recordando o trabalho do Professor Walter Moraes sobre o tema:

O indivíduo da espécie humana - o homem - é um composto psicossomático. É corpo e psique (alma), o que vale dizer um corpo animado segundo o princípio operativo da natureza.

Consta, com efeito, o composto natural que informa substancialmente a pessoa de reunião de matéria corpórea (uma organização química com suas propriedades físicas) a substância psíquica, a qual pode ser considerada em si mesma (a psique), na sua essência (a vida) e nas suas potências ...⁴⁶

As potências, ou aptidões, ou potencialidades, cada ser efetivará em atos ou manterá, no que o autor denomina de propriedades, ou seja, modos de ser de cada um.

Ora, não é difícil reconhecer, entre estes componentes da natureza humana (substâncias, potências, atos, propriedades), objetos dos direitos básicos da personalidade.⁴⁷

Nesta dimensão, constituem-se em bens, para um sujeito, as substâncias, essências, potências, atos e propriedades que integram o seu composto natural, pela suficiente razão de carecer delas o homem, como é evidente.

Em sede jurídica, estes mesmos componentes da natureza humana - bens éticos - vão se converter em bens de direito, notadamente para o seu sujeito que, tornando-se relevante razão de relações intersubjetivas, a mesma ordem jurídica lhes vai conferir tutela específica. Em tese, todos esses componentes podem vir a ser reconhecidos como direito subjetivos.⁴⁸

45 BITTAR, Op.cit.,p.30.

46 MORAES, Op.cit.,p.18

47 MORAES, Op.cit.,p.19.

48 MORAES, Op.cit.,p.21.

Este ponto de vista é acompanhado pela maioria dos doutrinadores brasileiro, que estudaram o tema:

Não é a personalidade, por outro lado, o objeto desses direitos, visto que, sendo o pressuposto de todos os direitos, em si mesmo não é um direito e, muito menos, objeto de qualquer relação jurídica. Reclamam sobre manifestações especiais de suas projeções, consideradas dignas de tutela jurídica, principalmente no sentido de que devem ser resguardadas de qualquer ofensa por necessário, sua incolumidade, ao desenvolvimento físico e moral de todo homem. (Orlando Gomes)⁴⁹

A intimidade, quanto à sua categoria de bem juridicamente protegido, pode ser definida como um dos atributos pelos quais se afirma a personalidade e projeta o ser humano em relação às demais pessoas e as coisas. (René Ariel Dotti)⁵⁰

Para Antunes Varela, o objeto de tais direitos não se encontra na pessoa do sujeito, nem nos demais seres vinculados a uma "obrigação passiva universal", mas em determinados atributos ou qualificações físicas e morais do primeiro, ou, até mesmo, em produtos de seu intelecto.⁵¹

De fato, o objeto desses bens jurídicos - entre os quais está a privacidade - não se encontra na própria pessoa de seu titular, mas sim em determinados modos de ser físicos ou morais da pessoa, ou, simplesmente, atributos ou qualidades do homem. (Carlos Francisco Sica Diniz)⁵²

Adriano de Cupis, também, sustenta a alteralidade entre o objeto e o sujeito do direito, criticando a teoria do "jus in se ipsum":

O objeto dos direitos da personalidade não é, portanto, exterior ao sujeito, diversamente daqueles outros bens que podem ser objeto de direito.

Esta 'não exterioridade' não significa, por outro lado, 'identidade', dado que 'modo de ser da pessoa' não é a mesma coisa que a 'pessoa': não se pode impunemente esquecer a distância que separa a não exterioridade, verdadeira 'interioridade', da identidade e nem mesmo pode-se associar tal distância em contraposição ao sujeito, se não como fosse objeto de seu direito, um seu particular modo de ser, o complexo de seu modo de ser físico e moral.

(...)

Segundo nossa opinião, um defeito de construção, e não aquela inadmissibilidade lógica priorística, viciava a teoria de 'ius in se ipsum'. Porquanto con-

49 GOMES, Orlando. Op.cit.,p. 7.

50 DOTTI, René A.Op.cit.,p.96.

51 Ibidem.

52 DINIZ, Carlos Francisco Sica. Op.cit.,p.171.

cerne a tal pretensa inadmissibilidade lógica, referimo-nos a observação de Eltzbacher: 'é difícil compreender como uma pessoa possa ter por próprio e seu um cavalo que tenha pago e não a sua mão, o seu pé e a sua cabeça'. Tal ponto de vista, não vê necessidade de recorrer ao remédio de considerar a pessoa como objeto da obrigação correspondente ao direito da personalidade, considera como objeto do 'ius in se ipsum': remédio que, por si, criava o absurdo de uma obrigação por si mesmo, com ofensa ao princípio da alteralidade, comum a toda relação jurídica⁵³

A mesma linha de pensamento pode ser sustentada na doutrina de Clóvis Beviláqua, que sustenta a alteralidade entre a personalidade psíquica e a personalidade jurídica, demonstrando as diferenças de natureza.

A personalidade jurídica tem por base a personalidade psíquica, somente no sentido de que, sem esta última, não poderia o homem ter elevado até a concepção da primeira. Certamente o indivíduo vê na sua personalidade jurídica a projeção de sua personalidade psíquica ou, antes, um outro campo em que ela se afirma, dilatando-se e adquirindo novas qualidades.⁵⁴

53 L'oggetto dei diritti della personalità non è, quindi, esteriore al soggetto, diversamente dagli altri beni che sono possibile oggetto de diritto. Questa 'non esteriorità' non significa, peraltro, 'indentità', dato che 'modo di essere della persona' non à la stesse cosa che la 'persona': non può pertermettersi impunemente la distanza che separa la non esteriorità, ovvero 'interiorità', dalla identità. E nemmeno può accorciarsi tale distanza col contrapporre al soggetto, siccome oggetto del suo diritto, anzichè um suo particolare modo di essere, il complesso dei suoi modi di essere fisici e morali..... Secondo la nostra opinione, un defetto di costruzione, e non già un'aprioristica inammissibilità logica, viziava la teoria dello 'ius in se ipsum'. Per quanto concerne tale pretese inammissibilità logica, riferiamo l'osservazione di Eltzbacher: "é difficile a comprendere come uno possa tenere per proprio i sei stalloni che ha pagato, e non già la sua mano, i suoi piedi e la sua testa". Da tal punto di vista, quindi, non vi sarebbe stato bisogno di ricorrere al rimedio di considerare la persona come soggetto di obblighi corrispondenti ai diritti della personalità, anzichè como oggetto dello 'ius in se ipsum': remedio che, per di più, creava l'assurdo di un obbligo verso sè stesso, com offesa al principio dell'alterità, comune a tutti i rapporti giuridici. DE CUPIS, Adriano. *I Diritti Della Personalità*. Milano, Dott A. Gioffré Editore. 1950. p. 23/24. (Tradução liver da autora deste trabalho)

54 BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rev. e Atua. p. Caio Mario da Silva Pereira. 2ª ed. Rio de Janeiro, Rio, 1980.p. 71.

5. Características do Direito à Vida Privada

Aceitando como pressuposto que a vida privada caracteriza-se como um bem jurídico, diverso da personalidade, ou seja, um atributo da mesma, transformamo-la em objeto de direito, portanto, direito subjetivo. A todo direito subjetivo corresponde uma ação, que o tutela. A forma e os limites desta tutela serão fixados pelas características do bem jurídico tutelado. Passemos, então, a análise das características do bem jurídico vida privada, fixando-lhe os limites. Os limites aqui fixados serão limites para utilização do habeas data, ação constitucional que, segundo nossa proposta, deverá tutelar o direito à vida privada.

Ao apresentarem as características do direito à vida privada, os doutrinadores divergem, elaborando listagens ora mais ora menos pormenorizadas. Entretanto, ao observar-se com mais vagar, estas divergências mostram-se menos intensas, aparentando estarem relacionadas apenas à forma de abordagem do tema, e não com o conteúdo do direito.

Isto se verifica também, em relação aos autores que se referem à vida privada como espécie do gênero direitos da personalidade.

Na doutrina brasileira observamos, por exemplo:

Excluída a subjetividade privada, que já lhes atribuímos como inerentes à própria essência, vemos como características dos direitos personalíssimos e, por consequência, do direito à intimidade, as seguintes:

generalidade;
extrapatrimonialidade;
absolutismo;
imprescritibilidade; e
intransmissibilidade em razão da morte." (Milton Fernandes)⁵⁵

Dotti atribui à vida privada os seguintes traços essenciais: direito originário, da personalidade, subjetivo, público e privado, absoluto, extrapatrimonial e imprescritível.⁵⁶

Orlando Gomes afirma: "Os direitos da personalidade são ab-

⁵⁵ FERNANDES, Op.cit.,p.107.

⁵⁶ v. DOTTI, Op. cit., p. 96/105.

solutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários.”⁵⁷

Por sua vez, Antonio Chaves caracteriza-os como: originários, subjetivos privados, absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis.⁵⁸

Finalizando, podemos citar a posição de Carlos Alberto Bittar, para quem os direitos da personalidade "constituem direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários, oponíveis erga omnes...”⁵⁹

A. Direitos da personalidade

Quando René Ariel Dotti afirma que "o direito à vida privada, tem como característica fundamental o fato de ser um dos direitos da personalidade", não está divergindo dos demais doutrinadores, que não apontam esta característica, porque ela é pressuposta nos demais.⁶⁰

O direito à vida privada, quando protegido contra violações entre particulares, é espécie do gênero direitos da personalidade.⁶¹

Desta forma é classificada por Orlando Gomes,⁶² que firma que os direitos da personalidade dividem-se em direitos à integridade física e direitos à integridade moral, estando o direito ao recato incluído nesta última categoria.⁶³

Esta classificação é aceita por Milton Fernandes, que em sua obra relata inúmeras outras classificações, todas a incluírem o direito à vida pri-

⁵⁷ GOMES, Op. cit., p. 7.

⁵⁸ CHAVES, Antonio. *Lições de Direito Civil, Parte Geral*. Vol. 3. São Paulo, J. Bushatsyy, 1972. p. 168.

⁵⁹ BITTAR, Op. cit., p. 11.

⁶⁰ DOTTI, Op. cit., p. 98.

⁶¹ v. cap. I. n° 3.

⁶² GOMES, Op. cit., p. 8.

⁶³ Orlando Gomes afirma que a expressão integridade moral deve ser entendida em seu sentido lato, e só assim pode-se incluir o recato ou vida privada como espécie do direito à moral, porque, a vida privada pode ser violada, mesmo sem violação à moral. *Ibidem*.

vada como espécie dos direitos da personalidade.⁶⁴

Walter Moraes, após distinguir a personalidade (pessoa), das emanções da personalidade (substâncias, potências, atos e propriedade) indica como objetos dos direitos da personalidade, os seguintes componentes da natureza humana:⁶⁵

O corpo (saúde etc.) e a psique (integridade psíquica), que são substâncias, a vida, que é essência da psique, a obra dita do espírito, que é ato da potência intelectual, a imagem, que é propriedade do corpo (visibilidade), a condição de família, que é propriedade da potência generativa (congeneratividade), a liberdade e a dignidade, que são propriedades da alma intelectual, a identidade (verdade pessoal, nome) e a intimidade (incomunicabilidade ontológica), que são propriedades de todo humano ...⁶⁶

B. Direito originário, inato ou generalidade do direito à vida privada

A caracterização da vida privada como direito originário está ligada à forma de aquisição deste direito, que é aquisição originária, isto é, não é advinda de nenhum ato de transmissão.

No caso dos direitos da personalidade, a originariedade implica inatividade, ou seja, estes direitos são adquiridos, primariamente, sem transmissão, pelo simples nascimento.

Tal característica demonstra um grande grau de afinidade entre a doutrina dos direitos da personalidade e a do direito natural.

A generalidade do direito à vida privada pode ser entendida como uma consequência da originariedade e da inatividade, já que indica que toda pessoa humana é dotada de direitos da personalidade.

Milton Fernandes afirma, ainda, que:

...a generalidade, no sentido em que a empregamos acarreta a vitaliciedade e a necessidade. Ensina Orlando Gomes que a vitaliciedade e a necessidade são caracteres que acentuam mais vivamente os traços distintivos daquela, são necessários no sentido de que não podem faltar, o que não ocorre com qualquer dos outros direitos. Em consequência, esses não se perdem, enquanto viver o titular, sobrevivendo-lhe a proteção legal em algumas espécies.⁶⁷

⁶⁴ FERNANDES, Op.cit.,p. 49.

⁶⁵ Ver Cap. I.4.

⁶⁶ MORAES, Op.cit.,p. 21.

⁶⁷ FERNANDES, Op. cit.,p. 109.

C. Direito subjetivo (público e privado)

Segundo Pontes de Miranda, direito, em sentido estrito, " é a vantagem que veio a alguém, com a incidência da regra jurídica em algum suporte fático.⁶⁸

Rigorosamente, o direito subjetivo foi abstração a que sutilmente se chegou, após o exame da eficácia dos fatos jurídicos criadores de direitos. A regra jurídica é objetiva e incide nos fatos; o suporte fático torna-se fato jurídico. O que, para alguém, determinadamente, dessa ocorrência emana, de vantajoso, é direito subjetivo, porque se observa do lado desse alguém, que é titular dele.⁶⁹

Enquanto pretensão "é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa."⁷⁰

O direito subjetivo à vida privada está relacionado à pretensão, ou seja, à posição subjetiva de poder exigir do Estado/juiz a proteção de sua vida privada, faculdade de agir.⁷¹

No dizer de Dotti, que procura subsídios em Pierre Kayser: "A prática judiciária reconhece a existência de uma ação processual que pode ser explicada pelo reconhecimento de um direito subjetivo em favor da pessoa representada na imagem ..."⁷²

Para Milton Fernandes, a necessidade e a aspiração humana por uma vida privada traduzem-se na base do direito subjetivo.⁷³ Enquanto, Orlando Gomes, além de reconhecer na vida privada um direito subjetivo, indica sua dúplici proteção.⁷⁴

⁶⁸ MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. Tomo V, 2ª ed. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1955 p.226.

⁶⁹ MIRANDA, Op.cit.,p. 225.

⁷⁰ MIRANDA, . Op.cit.,p.451.

⁷¹ Sobre a identificação entre direito subjetivo e pretensão ver GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 8ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 1986. p. 93 e ss.

⁷² DOTTI. Op.cit.,p. .99.

⁷⁴ Ver Cap. I.3.

Cumpra sublinhar que os direitos da personalidade são direitos subjetivos privados, destinada sua proteção, como é, a assegurar o desenvolvimento e a expansão da individualidade física e espiritual da pessoa humana.

No entanto, como alguns desses direitos são públicos, vistos de outro ângulo. (...)

Não confundi-los com os direitos do homem e do cidadão, que são realmente direitos subjetivos públicos, cuja proteção se organiza constitucionalmente para preservar o indivíduo do arbítrio do Estado.⁷⁵

D. Direito absoluto

Direito absoluto, porque implica o dever geral negativo de não invasão da vida privada de outrem. Oponível contra todos (*erga omnes*). Equiparam-se aos direitos reais, neste sentido.

Sobre a questão, afirma Adriano de Cupis:

Enfim, os direitos da personalidade constituem-se em direito não patrimonial absoluto. A proporção '*hominis ad hominem*', comum a todas as relações jurídicas, se resolve nas relações jurídicas em que o lado ativo é constituído por um direito da personalidade, numa relação com a generalidade, como todos os direitos subjetivos (excluídos apenas os direitos potestativos, a não ser que se queira atribuir-lhes a dignidade de direitos subjetivos), os direitos da personalidade apresentam-se como tais na medida em que se inserem numa relação jurídica com outros sujeitos; e qualificam-se pela identificação desses outros sujeitos com a generalidade. Todos os sujeitos compreendidos na generalidade são destinatários das normas de direito objetivo das quais derivam os direitos da personalidade; e todos, igualmente, perante o pressuposto das mesmas normas, isto é, perante a existência de um determinado sujeito, estão vinculados à obrigação jurídica de não lesar os direitos da

⁷⁵ GOMES, Op.cit.,p. 7.

personalidade de que o mesmo sujeito é titular.⁷⁶

E. Direito extrapatrimonial

O direito à vida privada não tem valoração econômica, não pode ser representado por determinada quantia em dinheiro.

No caso de violação, o direito à indenização terá valoração econômica, o que não significa negação da característica. Bem assim, a retribuição econômica recebida por alguém, pela utilização de seu nome ou sua imagem não descaracterizam a extrapatrimonialidade dos direitos da personalidade, mesmo porque, a proteção a eles faz-se mesmo que não ocorra desvantagem econômica ao seu titular, na violação.

Segundo Orlando Gomes, a extrapatrimonialidade implica a impossibilidade de cumprimento e execução coativa e intransmissibilidade^{77, 78}

No mesmo sentido, afirma Dotti, fazendo decorrer da extrapatrimonialidade a inalienabilidade, intransmissibilidade, irrenunciabilidade e não admissão de desapropriação.⁷⁹

Estas características estão, também, relacionadas à necessidade humana de vida privada, já que a transmissão, em qualquer de suas formas,

76 "In fine, i diritti del a personalità costituiscono dei diritti non patrimoniali assoluti. La proportio ' hominis ad hominen', che è propria di ogni rapporto giuridico, si risolve, nei rapporti giuridici cui il lato attivo è costituito da un diritti della personalità, in una relazione colla generalità. I diritti della personalità, come tutti i diritti soggettivi (con esclusione dei soli diritti potestativi, ove pure a questi si voglia attribuire dignità di diritti soggettivi), si configurano come tali, vale a dire diritti, in quanto s'inseriscono in un rapporto giuridico con altri soggetti; e si qualificano per l'identificarsi di questi soggetti colla generalità. Tutti i soggetti compresi nella generalità sono destinatari delle norme di diritto oggettivo da cui derivano i diritti della personalità; e tutti ugualmente, nella presenza del presupposto delle norme medesime, vale a dire l'esistenza di un determinato soggetto, sono vincolati dall'obbligo giuridico di non ledere i diritti della personalità di cui il soggetto medesimo è titolare". DE CUPIS, Adriano. op. cit., p.29. (tradução livre da autora deste trabalho).

77 A impossibilidade de cumprimento e execução coativa também se relaciona com o tipo de prestação oriunda do direito à vida privada, prestação negativa (não-fazer). Seu cumprimento terá de ser espontâneo e voluntário, caso contrário já existe violação.

78 GOMES, Orlando. Op.cit., p. 7.

79 DOTTI, René A. Op.cit., p. 102.

num direito absoluto/exclusivo, determina a perda do mesmo direito em favor do adquirente. Assim, pelo menos a transmissão inter vivos, fica prejudicada.⁸⁰

F. Direito intransmissível em razão da morte

A doutrina inclina-se favoravelmente em atribuir ao direito à vida privada a característica de intransmissibilidade em razão da morte.

Entretanto, como a proteção após a morte também é aceita ir-restritamente, a questão tem provocado polêmica.

Paulo José da Costa Jr., inicialmente, distingue entre a vida privada do de cujos e a sua vida privada familiar, onde estariam envolvidos direitos de seus familiares, em manter incólume sua esfera de intimidade. Nesse caso, facilmente justifica-se a atribuição de ação aos parentes, que estariam a proteger interesse próprio.

Se a divulgação da esfera íntima do morto não se refletir na pessoa do vivo, a resposta já é mais problemática. Entendemos, contudo, que deverá ser tutelada a intimidade, mesmo após a morte, durante um certo tempo, somente. Transcorrido o interregno, desaparecidos os contemporâneos do morto, a sua vida íntima poderia cair no domínio público, o que seria mais justificável ainda se se tratasse de personalidade notória quando, então, a necessidade histórica legitimaria a divulgação.⁸¹

Esta visão reafirma a possibilidade de proteção "post mortem" do direito à vida privada, porém, não explica sua natureza.

Milton Fernandes apresenta o trabalho de Mário de Brito, que ao comentar o artigo 71 do Código Civil Português, que dispõe sobre o tema, afirma:

A intransmissibilidade,... tem seu fundamento na natureza de tais direitos, objeto esse que se encontra numa ligação estreitíssima com a pessoa. Por força desta ligação o objeto é inseparável do originário sujeito: - a vida, a integridade física, a honra de A não podem transmitir-se a B. O direito conferido aos mencionados parentes é, pois, um direito novo, e o fundamento para seu exercício um interesse próprio. Por outras palavras: - essas pessoas agem em nome próprio e não como her-

⁸⁰ Ver Cap.I2.

⁸¹ COSTA Jr., Op.cit.,p. 56.

deiros.⁸²

Este interesse poderia ser identificado no interesse de respeito à memória do morto, que, similarmente ao direito ao cadáver, seria um direito-dever dos parentes do morto.

G. Direito imprescritível

A doutrina indica esta característica como desdobramento da extrapatrimonialidade, da indisponibilidade, ou da necessidade do direito à vida privada.

Entretanto, torna-se necessário buscar outras razões para justificar a imprescritibilidade do direito à vida privada, ligadas à natureza do instituto da prescrição.

Para tanto, buscamos aporte teórico no trabalho de Agnelo Amorim Filho, titulado *Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência e para Definir Ações Imprescritíveis*, que toma como ponto de partida a classificação dos direitos desenvolvidas por Chiovenda. Diz Agnelo:⁸³

Segundo Chiovenda (Instituições, Vol 1º, p. 35 e ss), os direitos subjetivos se dividem em duas grandes categorias: a primeira compreende aqueles direitos que têm por finalidade um bem da vida a conseguir-se mediante uma 'prestação', positiva ou negativa, de outrem, isto é, do sujeito passivo. Recebem eles, de Chiovenda, a denominação de 'direitos a uma prestação', e como exemplos poderíamos citar ... direitos reais e pessoais.⁸⁴

Os direitos a uma prestação sofrem uma subdivisão, em absolutos ou relativos, conforme o caráter da prestação, ou seja, o sujeito passivo indeterminado, genérico e a oponibilidade "erga omnes", prestação absoluta; ou o sujeito passivo determinável e individualizável no momento da execução e a oponibilidade específica, prestação relativa.

"A segunda grande categoria é a dos denominados "direitos

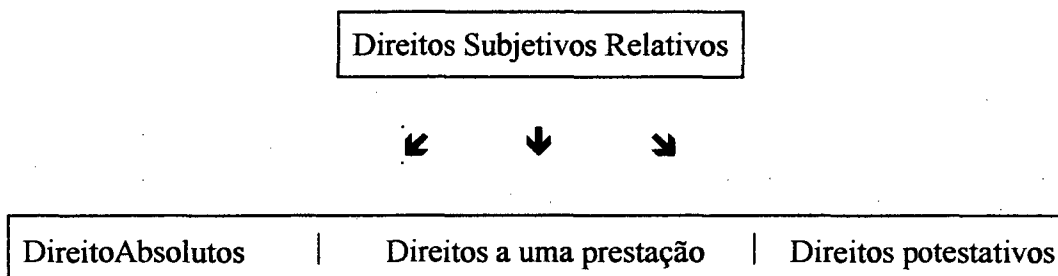
⁸² FERNANDES, Op. cit., p. 115.

⁸³ AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério Científico para distinguir a Prescrição da Decadência e identificar Ações Imprescritíveis*. *Revista Forense*. Vol 193: p.30-59. Rio de Janeiro. out/dez. 1961. p. 30.

⁸⁴ AMORIM Filho, Op.cit., p. 32.

potestativos", e compreende aqueles poderes que a lei confere a determinadas pessoas de influírem, com uma declaração de vontade, sobre situações jurídicas de outras, sem o concurso da vontade desta."⁸⁵

Graficamente, teríamos a seguinte configuração:



Os direitos a uma prestação caracterizam-se pela necessidade de uma atividade satisfativa alheia (uma prestação de dar, fazer ou não-fazer), sendo assim, passíveis de violação, desde que o sujeito passivo não cumpra com a prestação devida.

De outro lado, os direitos potestativos que se exercitam pela simples declaração de vontade (em alguns casos devendo através da ação) criando um estado de sujeição, ou seja, podem ser exercidos independentemente da vontade ou até contra a vontade do sujeito que sofrerá modificação de sua esfera jurídica, ou em cuja esfera jurídica se influirá, caracterizam-se pela in-variabilidade.

Assim, como a prescrição nasce com a ação e esta nasce com a violação, conclui que, só os direitos a uma prestação estão sujeitos à prescrição, pois só estes estão sujeitos à violação.

Os direitos potestativos, como não são sujeitos à violação, não estão, em consequência, sujeitos à prescrição.

Porém, aqueles direitos potestativos que a lei fixar prazo para o exercício, estes estarão sujeitos à decadência. Pois para estes não se aplica o princípio da inesgotabilidade dos direitos, face a própria limitação normativa.

Diante disso, Agnello conclui que, em relação à prescrição e à decadência existem três tipos de direito:

1º Existem direitos prescritíveis, os que podem ser violados (direitos a uma prestação);

2º Existem direitos caducáveis, os que a lei fixa prazo para o exercício (direitos potestativos com prazo de exercício);

⁸⁵ ibidem.

3º existem direitos perpétuos, aqueles que não são sujeitos à prescrição e nem à decadência, aqueles que não podem ser violados e que a lei não fixa prazo para o exercício (direitos potestativos sem prazo para o exercício).

No estudo do direito à vida privada, nos deparamos com duas características que, em princípio, desconstituem toda a elaboração doutrinária supra citada, quais sejam o absolutismo e a imprescritibilidade.

A efetiva violação do direito à vida privada tem sido motivador de inúmeros estudos que alertam para a necessidade de proteção do indivíduo e de reação do ordenamento jurídico, ante a crescente ameaça criada pela sociedade hodierna.

Assim, fica claro que o direito à vida privada não é um direito potestativo, não é um poder conferido pela lei.⁸⁶ São, como se constata na realidade, direitos passíveis de violação; são direitos a uma prestação, em geral negativa, de não fazer, uma prestação de abstenção de lesão.⁸⁷

Como já afirmamos, é pacífico na doutrina que os direitos da personalidade são absolutos e imprescritíveis. Absolutos no sentido de que são oponíveis contra todos e imprescritíveis, por não sofrerem a ação do tempo.

Seriam, então, direitos à uma prestação perpétua?. Direitos de uma espécie diversa, não classificada por Chiovenda?

Milton Fernandes, lembrando os ensinamentos de Clóvis Bevilacqua, diz:

(...) a prescrição se aplica a toda espécie de ação; mas há direitos imprescritíveis, ainda no campo do direito privado, pois o objeto da prescrição são os direitos patrimoniais e alienáveis. Na relação dos não sujeitos à prescrição menciona os direitos que são emanções imediatas da personalidade, como a vida, a honra, a liberdade, a parte pessoal do direito do autor e o nome ou firma comercial.⁸⁸

A partir desta noção generalizou-se a idéia de que a imprescritibilidade advinha da extrapatrimonialidade e da inalienabilidade.

Como a prescrição atinge sempre a relação jurídica no elemento ação, extinguindo-a, permanecendo o direito, porém sem coercitibilidade, isto é, obrigação natural, e a afirmação de que o direito se extingue pela prescrição esta relacionada com o entendimento de que este perece pela perda de um de seus elementos, ou seja, a tutela legal, podemos afirmar que prescritíveis são todos os direitos que perdem sua coercitibilidade, pelo transcurso do tempo cumulado com o não exercício de sua tutela legal, representado pela

⁸⁶ Ver Cap. I.3.

⁸⁷ Ver Cap. I.3.

⁸⁸ FERNANDES, Op.cit.,p. 113.

ação, ante a violação.

Se utilizarmos deste conceito, somado a afirmação de que o direito à vida privada é "imprescritível", derivaríamos na conclusão de que uma violação à intimidade resultaria numa ação que não tem prazo para seu exercício, inaplicável, até mesmo o artigo 177 do Código Civil Brasileiro.

Assim, uma violação à vida privada poderia ser objeto de uma ação de reparação de dano eternamente, ou pelo menos, por toda a vida de seu titular, não importando quanto tempo ele viva.

Por óbvio que não é assim, qualquer ação que postule a reparação de dano ao direito à vida privada deverá ser intentada no prazo das ações pessoais, sob pena de prescrição. Quanto a isto não parece haver dúvidas.

Assim, como dizer "imprescritível", se a ação oriunda da violação sofre prescrição?⁸⁹ Como dizer "prescritível" se o direito mantém sua tutela legal, sua coercitibilidade, face a novas violações?

Parece-nos imprescindível a clarificação do conceito do que seja "imprescritibilidade" do direito à vida privada. A precisão conceitual é fundamental para o esclarecimento do tema.

Partindo do pressuposto de que o direito à vida privada é um direito a uma prestação e que não perde sua tutela legal, sua coercitibilidade, diante de uma violação específica, mas que a ação nascida desta violação específica morre pelo não uso em determinado tempo, podemos concluir que os direitos a uma prestação, vistos por este ângulo, podem ser subdivididos em direitos univioláveis e multivioláveis.

Univioláveis seriam, por exemplo, os direitos de crédito, que diante do não exercício da ação, no prazo hábil, perderiam sua coercitibilidade, sua tutela legal, permanecendo como obrigações naturais.

Multivioláveis seriam, ao contrário, os direitos que, tendo sofrido uma violação, ou mesmo esgotado o prazo hábil para o exercício da ação nascida desta violação, não perdem sua tutela legal, sua coercitibilidade, permanecendo latente o nascimento de novas ações, para cada nova violação que venha a sofrer. Estes seriam os direitos a uma prestação "imprescritíveis".

Diante disso, devemos rever a tipificação formulada por Agnelo, para o que elaboramos a seguinte proposta:

Em relação à prescrição e à decadência, existem quatro tipos de direitos:

1º Direitos "prescritíveis", os que podem ser violados, perdendo sua coercitibilidade pelo não uso da ação (direitos a uma prestação univioláveis);

⁸⁹ Acrescente-se que a ação é o único elemento do direito a sofrer prescrição, os demais, sujeito e objeto, não perecem através deste instituto jurídico.

2º Direitos "imprescritíveis", os que podem ser violados, não perdendo sua coercitibilidade, porém, extinguindo-se o direito de reparação, no caso do não uso da ação, em relação a cada violação sofrida (direitos a uma prestação multiviáveis);

3º Direitos caducáveis, os direitos potestativos que a lei fixa prazo para o exercício;

4º Direitos perpétuos, direitos potestativos sem prazo para o exercício, que não sofrem nem prescrição, nem decadência.

6. Conteúdo do Direito à Vida Privada

As fronteiras entre o que seja vida pública e vida privada ainda não foram bem definidas. A teoria das esferas demonstra que existem diferentes estágios entre o que seja público e o que seja privado, íntimo ou secreto.⁹⁰

Inexistindo uma clara delimitação da fronteira entre o público e o privado, no que diz respeito às relações humanas, a doutrina não logrou formular conceito claro e preciso do que seja direito à vida privada. As várias propostas conceituais formuladas têm em comum o fato de ressaltarem um elemento, relegando a outros.

Esta dificuldade de conceituação, sem dúvida, está ligada à amplitude e variedade do conteúdo do direito em estudo, tão variado como podem ser as relações humanas. Diante desse universo de conteúdo, a doutrina passou a argumentar a existência de um direito geral à vida privada, que englobaria diversos elementos ou direitos subjetivos diferentes.

Sob este aspecto, podemos comparar o direito à vida privada à luz branca, que olhada de determinada maneira, parece ser única, indivisível e sem nenhuma cor, mas, refletida sobre um prisma, revela-se numa variedade de cores. Assim, também, o direito à vida privada, observado por outro prisma, decompõem-se em inúmeras facetas diferentes entre si.

Assim é que Milton Fernandes vê o conteúdo do direito à vida privada, incluindo entre suas manifestações mais destacadas: "... nas lembranças e acontecimentos da vida íntima, nas cartas missivas, nos documentos, no domicílio, na imagem, na identidade e nome."⁹¹

Seguindo essa linha de pensamento, observemos o posicionamento de outros doutrinadores, sobre o conteúdo do direito à vida privada:

A esfera da inviolabilidade abrange o modo de vida doméstica, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensa-

⁹⁰ Ver Cap. I.I.

⁹¹ FERNANDES, Op.cit., p. 134.

mento, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo.⁹²

Dotti reconhece como integrantes do direito geral à vida privada o direito à imagem, ao nome, à inviolabilidade de domicílio e correspondência, à vida profissional e o direito ao esquecimento.

Para chegar a esta delimitação cita as seguintes posições:

Lyon-Caem perguntado a cerca das situações que poderiam ser subtraídas à publicidade, assinalava: as circunstâncias da vida familiar, como nascimento, os esponsais, o matrimônio, o divórcio, enfermidades e falecimento, e da vida amorosa; as circunstâncias da vida profissional e seus reveses; aquelas referentes a distrações, lazer, amizade e a certos aspectos da vida cotidiana; e ainda, possivelmente, o passado e os sonhos. Mais discutível seria a inclusão na intimidade das rendas, nível de vida e qualidades declaradas ao fisco.⁹³

Raymond Lindon inclui como parcelas fundamentais da vida privada, as relações familiares - com destaque para o casamento - filiação e divórcio, a vida amorosa e sentimental, o direito à imagem, os impostos e os lazeres e os ócios.⁹⁴

Jean Louis Hebarre ... ao examinar o conteúdo do respeito à vida privada, envolvendo " o direito ao nome, à imagem, à voz, à intimidade, à honra e à reputação, ao esquecimento e à própria biografia de uma pessoa.⁹⁵

Finalmente, podemos citar o posicionamento de Carlos Alberto Bittar, para quem:

No campo do direito à intimidade são protegidos os seguintes bens: confidências; informes de ordem pessoal(dados pessoais); recordações pessoais; memórias, diários; relações familiares; lembranças de família; sepultura; vida amorosa ou conjugal; saúde (física e mental); afeições; entretenimentos; costumes domésticos e atividades negociais, reservados pela pessoa para si e para seus familiares (ou pequeno círculo de amizades) e, portanto, afastados de curiosidade pública.⁹⁶

Mesmo eliminando-se das listagens de conteúdo elaboradas o direito à honra e à reputação, que verdadeiramente não fazem parte da vida pri-

92 OLIVEIRA, Op.cit.,p.100.

93 DOTTI, Op.cit.,p.74.

94 DOTTI, Op.cit.,p.76.

95 ibidem.

96 BITTAR, Op.cit.,p. 103.

vada, apresentando-se, inclusive em oposição a ela,⁹⁷ a vida privada permanece de grandeza imensurável. Poderíamos vislumbrá-la em quase toda a atividade humana, vistos assim genericamente citados seus componentes.⁹⁸

Necessário, portanto, examinar mais apuradamente cada um deles, para melhor delimitar seu âmbito de abrangência, sob pena de chegarmos à conclusão errônea de que o homem deve viver encastelado e isolado do mundo ao seu redor. Em certo sentido, o isolamento completo é igual à perda integral da vida privada; seu efeito seria a destruição do homem. O equilíbrio psíquico só advirá do equilíbrio entre a vida privada e social, da necessidade de isolamento e do gregarismo humano.

Definir os exatos contornos de cada um dos direitos que integram o direito geral à vida privada é trabalho que exige um aprofundamento que não caberia nos objetivos deste e provocaria um desvio do tema central a que nos propomos, entretanto, a análise de seus principais componentes se faz fundamental. Assim, nos permitiremos fazer uma análise sucinta destes elementos do direito geral à vida privada, citando alguns casos de violação que recentemente obtiveram destaque na imprensa, de forma a caracterizarmos suficientemente o direito material sobre o qual atuará o instrumento habeas data.

A. Direito à identidade

A identidade, entendida aqui como conjunto de caracteres que individualizam e distinguem um ser dos demais, se converteu em direito subjetivo a partir do momento em que este ser, devidamente individualizado e distinto do grupo, recebeu do ordenamento a possibilidade de não serem suas ações atribuídas a outro, bem como as ações de outro serem atribuídas a si.

Este direito foi observado desde os primórdios da humanidade e desde os tempos imemoriais até hoje, dois elementos sempre foram funda-

97 Para Milton Fernandes: ... a reserva é um bem em si mesmo, que deve ser preservado independentemente de sua invasão constituir uma ofensa à honra. Há acontecimentos que a pessoa tem interesse em manter secretos, embora sua divulgação nada tenha de desabonador. Igualmente um ato ilícito contrário à honradez pode atingi-la apenas na vida pública do sujeito, sem constituir uma afronta à sua intimidade. Op.cit., p.71.

98 Ver Cap.I.2.

mentais para a distinção e identificação das pessoas: o nome e a imagem.

Segundo Milton Fernandes: “A imagem e o nome são em verdade os mais seguros dados distintivos das pessoas. Estremando uma da outra, dão-lhes características próprias e inconfundíveis, indispensáveis ao convívio social.”⁹⁹

Como a violação ao direito à vida privada faz-se, frequentemente, pela representação identificada, falsa ou não, de uma pessoa, sem sua anuência, analisemos esses componentes da identidade:

A.1. Direito à imagem

A imagem é um dos elementos mais destacados da identidade, por ser uma das formas de distinção dos seres humanos e a primeira a ser captada pelos sentidos. Tendo esta função, a imagem transformou-se em direito, no dizer de Pontes de Miranda: “A imagem serve à identificação pessoal ... é indiscutível que o direito à própria imagem existe, como um dos direitos contidos no direito à identidade pessoal, ao lado do nome.”¹⁰⁰

Relacionando o direito à imagem ao direito à vida privada, Milton Fernandes afirma: “A imagem abrange, para nossos fins, qualquer componente físico ou intelectual bastante para identificar a pessoa. Para Adriano de Cupis, o direito à imagem significa que a pessoa é protegida contra o conhecimento de si mesma, individualmente considerada.”¹⁰¹

Recentemente ocorreram dois casos de exploração da imagem, largamente divulgados na imprensa, que retratam perfeitamente a violação da vida privada.

O primeiro, a divulgação de fotografias, obtidas sem o consentimento ou autorização, que retratavam Lady Di enquanto se exercitava, nu-

⁹⁹ FERNANDES, Op.cit.,p. 170.

¹⁰⁰ MIRANDA, Op.cit.,T.7,p.52.

¹⁰¹ FERNANDES, Op.cit.,p. 173.

ma academia da musculação.¹⁰²

O segundo, foi a veiculação da imagem do cantor Michael Jackson, durante uma turnê mundial patrocinada pela Pepsi Cola, na Tailândia, quando foi obrigado a adiar um espetáculo, por encontrar-se desidratado, constando do anúncio publicitário, os dizeres " Desidratação?" "Para isso, sempre há uma Coca-Cola".¹⁰³

Em suma, o direito à imagem pode ser visto como o direito de não captação e divulgação da própria imagem, sem o consentimento específico do titular, estando ou não presente o conteúdo econômico. Observe-se que o direito à imagem, só está violado em consequência de sua relação com o direito à vida privada, porque a divulgação das imagens possibilitaram a identificação e o reconhecimento dos retratados.

Obviamente, este direito sofre limitações; ambas as pessoas acima citadas, sendo pessoas públicas e notórias, não podem evitar ou proibir a reprodução de suas imagens em todas as circunstâncias, mas podem fazê-lo quando não se encontram em atividades públicas, ou quando da sua utilização com fins publicitários, sem seu consentimento. A imagem recebe proteção via direito à vida privada.

A.2. Direito ao nome

O nome tem sido objeto de tutela legal civil por muito tempo, porém, como parcela de um direito à vida privada, o que está sob tutela não é sua formação ou suas partículas, e sim seu poder de identificação. Este poder é que pode permitir a violação da vida privada. O que se procura preservar é a identidade da pessoa, não apenas sua denominação.

Milton Fernandes sustenta esta posição, afirmando: " O poder de identificação é que possibilita a invasão da intimidade através do nome. Individualizando a pessoa física, esta permite a quebra do recato."¹⁰⁴

102 —. Por um Punhado de Dólares. O comércio de escândalos sexuais seduz leitores e enriquece arapongas e espertalhões. *Veja*. nº:1332:p.32-34.23 de março de 1994.

103 —. Ressaca de Pepsi. Michael Jackson volta ao palco, mas patrocinador teme escândalo. *Isto É*, São Paulo, Nº1249. p:19-20, 8 de setembro de 1993.

104 FERNANDES, Op.cit., p. 188.

Sustentando seu ponto de vista, cita Mario Are: "Sua tutela tem função teleológica. Não visa em si, nem as vogais e consoantes que o compõem, mas o significado que assume com seu poder de identificação."¹⁰⁵

Dessa forma, podemos entender a violação da vida privada sofrida por Sérgio Barbosa, que teve sua condição de portador do vírus da AIDS alardeada, através de editais subscritos pelo então Secretário Municipal de Saúde de Morretes - PR, para toda a cidade.¹⁰⁶

B. Inviolabilidade de domicílio

A garantia da inviolabilidade de domicílio é uma das mais antigas, senão a mais antiga, forma de tutela da vida privada. O direito romano, sob o qual se funda nosso direito, já o previa.

Nos dias atuais, como parte integrante de um direito à vida privada, o domicílio é visto como o elemento espacial que permite a revelação da personalidade, esta é a opinião que os doutrinadores comungam sobre o tema.

No dizer de Milton Fernandes:

(...) a esfera íntima precisa compor-se, para sua plena realização e desenvolvimento, de um âmbito espacial de proteção. Necessita o homem de um local em que, fechando a porta atrás de si, tenha a certeza de que está a salvo da presença e dos olhares que não deseja, pelo menos em determinado momento.¹⁰⁷

Recentemente o cinema encarregou-se de mostrar os efeitos da violação de domicílio, através do filme *Invasão de Privacidade*, que retrata a estória de um locador, que através de um complexo sistema eletrônico, vigia e acompanha a vida íntima e privada de cada um de seus locatários.

A invasão do domicílio através da técnica é um dos problemas da atualidade que mais tem chamado atenção da doutrina dos direitos da

105 Apud Ibidem.

106 -. Ato Falho. No Paraná, aídédico tem sua doença revelada em edital. *Isto É*, São Paulo, Nº1270. p:15-16, 02 de fevereiro de 1994.

107 FERNANDES, Op.cit.,p. 158.

personalidade e especificamente dedicada ao estudo do direito à vida privada. Nesse sentido cabe lembrar a citação de De Mattia “Com o progresso da técnica, o domicílio tornou-se um asilo cada vez mais frágil para o resguardo da vida privada.”¹⁰⁸

C. Sigilo de correspondência

Em conjunto com a inviolabilidade de domicílio, o direito a inviolabilidade de correspondência foi dos primeiros aspectos da vida privada que mereceu proteção.

Crespi afirma que: “Assim como o domicílio é a projeção espacial da pessoa, a correspondência é a projeção espiritual da personalidade e, como tal, merece proteção idêntica. Representa a inviolabilidade de correspondência uma das facetas do poliédrico direito à intimidade.”¹⁰⁹

No direito público essa proteção está inscrita na maioria das constituições. O direito privado segue essa tendência de perto. Em que pese o direito público, em regra do direito penal, proteger a correspondência, independentemente de seu conteúdo, a inviolabilidade, face à norma penal é geral; o que se protege é a privacidade, o que diz respeito à pessoa que está contido na carta, não o objeto, o envelope ou o papel. A generalidade da norma penal tem por objetivo a adequação às exigências tipológicas próprias daquele direito.

Já no direito privado, a doutrina debateu-se na tentativa de fixar a proteção somente para a correspondência sigilosa, e buscou diversos critérios para distingui-la da não sigilosa. Hoje, a tendência é afirmar que, em se tratando de correspondência que verse sobre a vida privada do emitente, será sempre sigilosa, ainda que este caráter não tenha sido solicitado.

A revelação de correspondência só se legitimaria quando, pelo critério das idéias dominantes do meio social, inexistisse violação da vida privada, ou com a concordância do emitente e do destinatário.

Dessa noção advém a limitação da utilização da correspondência como meio de prova, podendo a parte ou terceiro recusar-lhe a exibição,

¹⁰⁸ Apud COSTA Jr. Op.cit. p.79.

¹⁰⁹ Op.cit., p.79.

na forma do artigo 363 do Código de Processo Civil.

Não só o sigilo de correspondência recebe amparo do direito à vida privada, também assim outros escritos e, inclusive, o segredo oral ou gesticularmente transmitido, quando envolve segredo profissional ou quando o segredo adveio de negócio jurídico.

D. Direito ao esquecimento

Toda pessoa tem em seu passado fatos dos quais prefere não lembrar, uma desilusão amorosa, um insucesso profissional, um fracasso financeiro, pequenos deslizos de conduta, decisões erradas, etc., não necessariamente algo que receba a conotação de imoral ou ilícito, mas apenas fatos que preferimos deixar esquecidos.

Nada mais inconveniente do que aquela pessoa que insiste em contar uma pequena travessura de infância.

Estes fatos que pretendemos esquecer, na maioria das vezes não são segredo e podem até ter sido objeto de publicação. O que se discute, em sede de direito ao esquecimento, é a possibilidade de evitar que estes fatos sejam constantemente, ou passados muitos anos, lembrados.

Não se trata de uma pretensão de ocultar o passado, mas do direito de reconstruir a vida sem fantasmas. Se um condenado, após sua reabilitação, tem direito de que esta condição não seja expressa em certidões de antecedentes, muito mais terá direito ao esquecimento dos fatos que provocaram tal condenação. Não será lícito alardear essa circunstância.

Em outra sede, a defesa do consumidor, o direito ao esquecimento tem movimentado os órgãos especializados de nosso país. É bem conhecida a posição dos SPCs - Serviço de Proteção ao Crédito, que não conhecem o instituto da prescrição, remissão ou perdão e mantém "ad eternum" em seus registros, anotações desabonadoras contra pessoas eventualmente cadastradas.

Por estas razões é que o direito ao esquecimento é visto por Urabayem como um dos mais importantes aspectos da vida privada.

Evidentemente, os direitos que compõem o direito geral à vida privada não se resumem aos direitos ora analisados; esses são, em nosso entender, os mais destacados.

A velocidade com que se desenvolvem as relações humanas da sociedade hodierna impede a elaboração de uma lista conclusiva e duradoura.

O direito geral à vida privada pode ser visto como o direito das obrigações "numerus apertus" pois a todo momento novos aspectos dele são revelados.

7. Vida Privada, Limites e Variáveis

Até este momento analisamos a grandesa do direito à vida privada, como ele se manifesta nos mais diferentes aspectos das relações humanas, como penetra nos meandros de nossa estrutura social, criando uma barreira, um muro que deverá proteger o homem da indiscrição dos demais.

Entretanto, como já alertamos, o direito à vida privada deve ser limitado, a fim de garantir os interesses da comunidade, de viabilizar o convívio social.

Voltamos, portanto, à questão de estabelecer fronteiras ao direito de cada um. Essa é verdadeiramente a grande questão jurídica de todos os tempos e de todos os ordenamentos.

Inúmeros conflitos foram provocados por disputas territoriais entre países e pessoas vizinhas, e este tipo de limite (fronteira/divisa) pode facilmente ser demarcado no plano físico. Assim, podemos vislumbrar a dificuldade de demarcar limites no direito à vida privada, que se encontra apenas no plano ideal/cultural.

Essa característica explica a escolha do título deste sub-capítulo - Vida Privada, Limites e Variáveis. Limites,¹¹⁰ porque o direito à vida privada deverá ser detido em sua expansão, quando se chocar com outros direitos, como o direito à informação, à segurança, etc.; Variáveis,¹¹¹ porque estas fronteiras não serão fixas, modificando-se frente a inúmeros fatores culturais, so-

110 Moraes Leitão afirma: "o direito à intimidade de vida privada tem um conteúdo extraordinariamente amplo e variável, em função do titular a quem respeite, por um lado, mesmo no plano da tutela do núcleo essencial da intimidade que se considera comum a toda pessoa humana, há que atender a que o direito à intimidade que se pretende tutelar, como qualquer outro, não é ilimitado, antes deve ser cerceado pelas limitações inerentes à sua eventual subordinação a outros interesses superiores ou de igual valor". Apud DOTI, Op.cit. p.73.

111 A Unesco encomendou a juristas de 10 países - México, Venezuela, Argentina, Brasil, Alemanha Ocidental, Suécia, França, Suíça, EUA e Inglaterra - um estudo a respeito da proteção à vida privada nas respectivas nações. Ao divulgá-lo, concluiu que o conteúdo desta vida privada, o domínio da intimidade, varia de uma para outra pessoa, de um para outro grupo, de uma para outra sociedade, modificando-se também em função das idades, tradições e culturas diferentes. Mas se seu âmbito é variável, a aspiração à vida privada é universal. FERNANDES, Op.cit. p. 59.

ciais, profissionais e até psicológicos de seu titular.¹¹²

Para Dotti, que procura amparo nas lições de Jean Rivero, "A importância de limitar as esferas de reação das liberdades resulta da necessidade de torná-las coexistentes a fim de que possam ser exercidas simultaneamente."¹¹³

Tendo em vista que o presente trabalho busca a instrumentalização e não a discussão e a análise do direito à vida privada, entendemos por bem aglutinar os direitos limítrofes¹¹⁴ em dois grandes blocos;¹¹⁵ o primeiro ligado às questões de segurança, o segundo ao interesse histórico/cultural.

A. Segurança

Na busca destes limites de coexistência, o Congresso de Juristas dos Países Nórdicos, Estocolmo, 1967, fixou as seguintes hipóteses sob as quais deve ceder o direito à vida privada:

1º) O "interesse público" (segurança nacional, segurança pública, da defesa, da ordem, e da prevenção do crime, da proteção da saúde¹¹⁶ ou da moral);

2º) O "interesse privado" (defesa de interesses de outras pessoas ou grupos de pessoas naturais).¹¹⁷

112 Raymond Lindon afirma que "na França é proibido noticiar processos de divórcio, enquanto na Inglaterra os mesmos alimentam fartamente as crônicas; nos Estados Unidos, os rendimentos e fortunas de cada um são objetos de publicações constantes enquanto na sua pátria estes elementos patrimoniais são revestidos do mais expresso e inviolável segredo." Apud FERNANDES, Op.cit. p. 64.

113 DOTTI, Op.cit. p. 184.

114 Restrições surgem com as medidas justificáveis da autoridade no desempenho do poder de polícia. Outra limitação importante é feita em razão do direito de informar da imprensa, fundado que se acha no interesse público.

115 Não destacamos o direito à informação, como categoria autônoma, pois ele se revela igualmente no direito à segurança como no interesse histórico/cultural.

116 RODRIGUES, Roberto J. Bancos de Dados e Privacidade das Informações. *O Estado de São Paulo*. Suplemento Cultural. 2 de julho de 1975.

117 DOTTI Op.cit. p. 183

O ordenamento das hipóteses demonstra que a vida privada deve ceder, inicialmente, frente aos interesses coletivos, notadamente os do Estado,¹¹⁸ para a própria preservação e na garantia do cumprimento de suas obrigações básicas com os cidadãos que o integram, ou seja, a manutenção da integridade física do cidadão e de seu patrimônio.

No segundo momento, cede frente ao interesse privado de outrem, na preservação do equilíbrio necessário entre direitos de igual valor.¹¹⁹

Tanto o interesse público quanto o interesse privado, foi clarificado sob a expressão segurança — nacional, pública, individual —, nas conclusões do aludido congresso.

Segurança nos remete a um estado emocional particular de certeza, firmeza, convicção, confiança. É o mesmo sentimento que nos permite realizar tarefas de risco, a certeza interior de que nada irá nos acontecer.¹²⁰ Assim, pela manhã, saímos de casa com a convicção de que, terminadas as tarefas do dia, retornaremos incólumes e de que, da mesma maneira, encontraremos nossos bens incólumes. Como esse sentimento, para aflorar no ser humano, necessita de alguma base objetiva, alguma concretude, assim como à chave e ao cadeado, criou o homem um complexo sistema de normas.

Criou o Estado para protegê-lo, bem como normas que protegem o Estado, e por fim, normas que o protegem do próprio Estado. Ou seja, criou normas que obrigam o Estado a proteger um indivíduo contra o outro indivíduo ou grupo de indivíduos, assim como normas que tem por função prote-

118 Ver Cap. 1.3.

119 Sob este fundamento advirão variáveis relacionadas, por exemplo, à vida profissional, que na opinião de Raimund Lindon: "... em um relatório em 1964, a incluíra na vida privada. Em 1972 recua, admitindo que o problema merece reflexão. Afirma, então, que se se trata de um empregado de escritório, de um operário, nada se vê que possa autorizar um terceiro a publicar indicações sobre sua carreira, seu comportamento profissional. Pergunta-se, no entanto, se não ocorrerá o contrário quando se trata de pessoa que, profissionalmente, procuram, seja a clientela, seja o favor do público, porque neste caso o público pode ter o direito de ser informado sobre o lado profissional de sua existência." FERNANDES, Op. cit. p. 57.

120 "Na análise da segurança, ensina Miguel Reale," percebe-se algo existente 'ab extra', na relativa objetividade peculiar de todos os "seres históricos" em termos de "certeza", e há, ao mesmo tempo, algo de subjetivo, um "sentimento", na atitude psicológica dos sujeitos perante o complexo de regras estabelecidas como a expressão genérica e objetiva da segurança mesma. Há, pois, que distinguir entre o "sentimento de segurança", ou seja, entre o estado de espírito dos indivíduos e dos grupos na intenção de usufruir de um complexo de garantias - e este complexo como tal, como conjunto de providências instrumentais, capazes de fazer gerar e proteger aquele estado de espírito e de tranquilidade e concórdia". DOTTI, Op.cit. p. 185.

ger o Estado de um, ou de um grupo de indivíduos.

Na afirmação de Arnaldo Vasconcelos: "Porque tem consciência da morte, o homem é o mais inseguro dos animais. Daí ter inventado o direito positivo, o qual, entre os mecanismos de controle e estabilização, tem sido, apesar de tudo, o de mais eficácia."¹²¹

No convívio social, o homem necessita de segurança e de vida privada, pode-se dizer, em igual medida.¹²² Tal fato justifica certas limitações nas liberdades, em nome da coexistência.

Entretanto, estas restrições devem ser fixadas dentro de limites de razoabilidade, para que não configurem negações das próprias liberdades, antes de consagrarem o princípio da coexistência.

O único objetivo, diz Mill, para que se restrinja a liberdade de um indivíduo ou de uma coletividade é a própria proteção. A única justificativa para exercer-se corretamente o poder sobre algum membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é impedir a ocorrência de dano a outro. Seu próprio bem físico ou moral não é garantia suficiente.¹²³

Não nos caberá aqui aprofundar o tema, que implicaria no estudo de outras categorias sob as quais o exercício do poder restritivo das liberdades se funda, como a justiça, valor fim em relação à segurança, à legitimidade do agente¹²⁴ e à eficácia do sistema de garantias.¹²⁵

121 VASCONCELOS, Arnaldo. Segurança do Direito. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*. Coordenação Prof. R. Limongi França. Vol. 67. São Paulo, Saraiva, 1977, p. 267. verbete.

122 Abordamos aqui a segurança, função delegada ao direito, no seu aspecto conflitante com o direito à vida privada. Evidentemente estes dois interesses, protegidos pela ordem jurídica, mantêm áreas de afinidade. "Sem dúvida nenhuma - diz A. Machado Paupério - a função precípua do direito é constituir garantia da vida social. Realmente, porém, essa garantia deve ser tanto da sociedade em seu conjunto, como da própria vida pessoal. Segurança Jurídica. op. cit. p. 291. Verbete.

123 MILL, Op. cit. p. 136.

124 Georg Jellinek reconhece que a aspiração humana por ordem e segurança pode revestir-se de um aspecto revolucionário, se a ordem existente não corresponde às necessidades dos tutelados. v. Segurança do Direito. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*. Coordenação Prof. R. Limongi França. Vol. 67. São Paulo, Saraiva, 1977, p. 267. verbete

125 A realização plena das garantias é um mito preservado pela recomposição ou restabelecimento de algumas violações em que o Judiciário atua.

Pretendemos apenas alinhar uma definição para a expressão segurança, na qual englobamos seus vários aspectos - nacional, pública e privada ou individual -¹²⁶¹²⁷ caracterizada pela ausência de perigos para a vida, a liberdade ou o direito de propriedade dos indivíduos"¹²⁸, bem como as medidas de defesa do Estado, enquanto agente da segurança, em todos os seus aspectos representativos, entre eles, o território, a ordem social e institucional.

B. Interesse Histórico/Cultural

Partindo de uma conceituação ampla de cultura, tida como "a herança social de uma comunidade humana, representada pelo acervo co-participado de modos estandarizados de adaptação à natureza, para o provimento da subsistência, de normas e instituições reguladoras das relações sociais e de corpos de saber, de valores e de crenças com que explicam sua experiência, exprimem sua atividade artística e se motivam para a ação"¹²⁹ "¹³⁰, ou o "conjunto de experiências acumuladas"¹³¹ e do conceito, formulado pelo Prof. Edward Hallet Carr, no qual a história é vista como "o progresso"¹³² através da trans-

126 A ação da policial sanitária no combate às doenças, bem como do policiamento preventivo no combate à criminalidade, atinja ela qualquer dos bens juridicamente protegidos, compõe interesse de segurança pública e de segurança individual, ao mesmo tempo.

127. O direito à informação tem na segurança uma de suas pilstras.

128 Seguridad Pública Elemento del orden público material, caracterizado por la ausencia de peligro para la vida, la libertad o el derecho de propiedad de las personas. CAPI-TANT, Henry. Vocabulario jurídico. Trad. Aquiles Horácio Guacianone. Depolnio, Buenos Aires, 1975. p. 505. verbete.

129 RIBEIRO, Darcy. Teoria do Brasil. Rio, Paz e Terra. 1972.p. 93

130 Darcy Ribeiro apresenta três conceitos para a categoria cultura. O primeiro material ou tecnológico, sistema de adaptação à natureza; um segundo não material ou espiritual, visto como conjunto de valores e de crenças; ou no sentido associativo, como meio de organização social, porém, em qualquer de seus sentidos, a forma de transmissão destas experiências ou bens adquiridos e acumulados através de gerações será o mesmo.

131 CHILDE, V. Gordon. A Evolução Cultural do Homem. (Mam Makes Himself). Trad. Waltensir Dutra. 5ª ed. Rio, Guanabara Koogan S.A., 1981. Passim.

132 "O progresso, na visão de Carr, não significa, nem pode significar progresso igual e simultâneo para todos", nem é constante no tempo e no espaço. CARR. Edward H. *O que é História?*. 6ª ed. Trad. Lúcia Maurício de Alvarenga. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1989. passim.

missão de habilidades adquiridas de uma geração a outra"¹³³, podemos observar a íntima correlação que o interesse histórico e o interesse cultural mantêm, motivadora de seu tratamento uno.

Como afirma Carr: "É um pressuposto da história que o homem é capaz de tirar proveito (não que necessariamente o faça) da experiência de seus antecessores e que o progresso na história, diferente da evolução na natureza, baseia-se na transmissão de bens adquiridos."¹³⁴

Ou seja, o progresso é propiciado pela transmissão da cultura. Deste fato advém o desejo por uma interpretação histórica, pois, como resalta F. Powicke: "O anseio por uma interpretação da história é tão profundamente enraizado que, se não tivermos uma perspectiva construtiva do passado, somos levados ao misticismo ou ao cinismo."¹³⁵

Em outras palavras, sem história não é possível progresso.¹³⁶ Assim, deverá a vida privada ser restringida em nome do interesse coletivo maior.

É de se ressaltar que com o passar do tempo, a área de conflito entre o interesse histórico/cultural e o direito à vida privada, diminui sensivelmente, até desaparecer completamente, na medida em que desaparecem igualmente as relações de parentesco e os contemporâneos da pessoa a quem se investiga.¹³⁷ Estas áreas de conflito normalmente estão ligadas com os relacionamentos pessoais, amizades e amores, que nem sempre queremos revelados. Entretanto, com o desaparecimento das pessoas diretamente envolvidas, para as quais a revelação de algum fato poderia trazer importunios, por vezes até escândalos públicos, diminui o conflito potencialmente existente entre o interesse histórico/cultural e o direito à vida privada.

Entretanto, quando se revele interesse histórico/cultural sobre a vida de pessoa viva, provavelmente existirá conflito entre este interesse e o di-

133 CARR, Op. cit. p. 97.

134 CARR, Op.cit. p. 99.

135 Apud CARR, Op. cit. p. 93.

136" A historiografia moderna cresceu durante os últimos dois séculos com esta dupla crença no progresso e não pode sobreviver sem ela, uma vez que é ela que fornece seu padrão de significados, seu critério para distinguir entre o real e o circunstancial." CARR, Op. cit. p. 105.

137 Ver Cap.I.5.F.

reito à vida privada.¹³⁸

Milton Fernandes tenta balizar a questão através do seguinte critério:

O Sueco Stig Stömhölm, o jurista nórdico de maior repercussão na matéria em estudo, apoiado em Neumann-Duesberg, faz distinção entre pessoas absolutas e relativas da história contemporânea. A primeira categoria compõe-se de Reis e Imperadores, Chefes de Estado e, em geral de pessoas que provavelmente reterão o interesse dos historiadores mesmo depois de deixarem a cena. Sua pretensão de intimidade deve ser consideravelmente reduzida, embora possam permanecer numa esfera de recato inteiramente afastada de suas atividades públicas. Os limites de publicidade, nestes casos, são postos pela legítima necessidade de informações do público em geral.

Pessoas que pertencem à História contemporânea em sentido relativo são aquelas que, voluntariamente ou involuntariamente atraem o legítimo interesse público através de alguma atividade de que participam. Seu recato é sacrificado somente em relação aos fatos que as transformaram em pessoas da história contemporânea e apenas ligadas a estes fatos^{139 140}

Outro critério semelhante é sustentado por Albuquerque Pires, fundado na Jurisprudência Norte Americana: "... temos de fixar exatamente qual o alcance do direito à intimidade. Este exame deverá, obrigatoriamente, ser integrado por uma correlação pessoa x fato enfocado, dentro da seguinte perspectiva. É livre a divulgação dos fatos sobre os quais haja um interesse público de conhecê-los." ¹⁴¹

Apesar da aparente clareza das divisões propostas por Stig Stömhölm e Cláudio Pires, e a evidente variação de conteúdo da vida privada em relação à pessoa de quem se trata,¹⁴² a questão não se resolve facilmente, por dois motivos fundamentais.

Primeiro é o de que não existe possibilidade de identificar-

¹³⁸ Em decisão proferida no ano de 1894, o tribunal de Massachusetts assentou que o direito à intimidade não pode impedir o público de conhecer a imagem das grandes figuras populares como um político, um escritor, um artista ou inventor. DOTTI, Op.cit. p. 188.

¹³⁹ FERNANDES, Op.cit. p. 61.

¹⁴⁰ Tal visão é compartilhada por Hubmann. Ver FERNANDES, Op. cit. p. 121/122.

¹⁴¹ PIRES, Cláudio Albuquerque. Do Direito da Intimidade. *Ajuris*. Nº 36. mar. 1986. Porto Alegre. p.31.

¹⁴² As celebridades e homens de Estado, pelo legítimo interesse despertado em torno de suas atividade, não se comparam, sob este aspecto a um fulano de tal qualquer...Diversa é a situação da criatura incógnita, cujas ações podem permanecer na mais completa obscuridade ou dela emergir, de acordo com seus desígnios. FERNANDES, Op. cit. p. 63.

mos um fato como sendo de interesse histórico ou não, por qualquer critério.

No dizer de Carr: “Os fatos da história não podem ser puramente objetivos, desde o momento em que eles se tornam fatos da história em virtude do significado que lhe dá o historiador.”¹⁴³

É o historiador quem decide por suas próprias razões que o fato de César atravessar aquele pequeno riacho, o Rubicão, é um fato de história, ao passo que a travessia do Rubicão, por milhões de outras pessoas antes e desde então não interesse a ninguém em absoluto.¹⁴⁴

O historiador, através de seu arbítrio é quem determina o que é fato histórico ou não é fato histórico.

Dotti, citando Raimund Lindon, sustenta: “Desde que o historiador desempenhe o seu papel de maneira íntegra e sem intenções maliciosas ou perniciosas, é forçoso admitir que ele pode penetrar na vida privada das personagens que estuda, cuja revelação é necessária para explicar os acontecimentos históricos.”¹⁴⁵

Portanto, saímos do arbítrio do historiador, para o arbítrio do juiz, que através de um critério subjetivo, ligado à moral vigente, na visão de Lindon, deverá resolver os conflitos surgidos. Assim, também, a fixação do que seja interesse público ou não deverá seguir um critério de elevada subjetividade, cabendo ao arbítrio do historiador/divulgador, e no caso de inconformismo da pessoa investigada, ao Poder Judiciário, a decisão.

O segundo motivo, podemos auferir de outra afirmação de Carr:

(...) Apenas nos últimos duzentos anos no máximo, mesmo assim nuns poucos países adiantados, a consciência social, política e histórica começou a ampliar para atingir a maioria da população. Somente hoje tornou-se possível, pela primeira vez, até mesmo imaginar um mundo inteiro consistindo de pessoas que, no sentido mais completo da palavra, entraram na história e tornaram-se o interesse, ..., do historiador. Esta é uma revolução em nossa concepção de história. No século XVIII, a história ainda era a história das elites. No Século XIX historiadores britânicos começaram, vacilantes e esporadicamente, a avançar no sentido de uma visão da história como a história da comunidade nacional inteira.¹⁴⁶

143 CARR, Op.cit. p. 101.

144 Ibidem, p. 15.

145 DOTTI, Op.cit. p.207.

146 CARR, Op.cit. p. 125.

Ora, tal fato implica um crescente números de pessoas a serem investigadas sob o ponto de vista histórico e, portanto, um crescente números de conflitos a serem resolvidos.

Apesar do consenso doutrinário sobre a amplitude maior do direito à vida privada das pessoas comuns, o desenvolvimento das defesas se deram no sentido contrário. Evidentemente porque as pessoas notórias estavam mais propensas aos ataques.¹⁴⁷

Porém, quando tratamos de violações ligadas às informações eletronicamente tratadas, isso não é necessariamente verdade, e, não existem decisões jurisprudenciais conhecidas nas quais se socorrer.

Sendo o interesse histórico/cultural, um interesse de ordem pública, justifica a limitação do direito à vida privada, entretanto, necessários são mecanismos de controle, para evitarmos o abuso em matéria de tanta subjetividade.

147 "... a consistência do domínio da vida privada modifica-se conforme se trata de um homem qualquer, estranho a toda a vida pública ou um eleito ou candidato ou de uma pessoa que apela para a confiança coletiva, ou ainda - este é o caso de que mais se ocupam os tribunais - daquelas que procuram o favor do público no palco, na tela ou em certas competições esportivas e para as quais a notoriedade sob todos as formas é uma necessidade profissional." FERNANDES, Op. cit. p. 64.

8. Vida Privada. Busca de um Conceito

Estabelecidos os pressupostos de que a intimidade, a vida privada caracterizam-se como uma necessidade humana, para a preservação da individualidade de cada ser da espécie; reconhecida a ameaça que paira sobre a pessoa, pela violação e exposição sistemática de sua vida privada; fixadas as bases filosóficas sobre as quais o Direito iria reconhecer na vida privada um bem juridicamente relevante e merecedor de proteção, um atributo da personalidade que se transmutou em objeto de direito; vistas as limitações a que este direito deve submeter-se, em nome do princípio da coexistência com os demais direitos, passou a doutrina a buscar um conceito para esse direito.

A íntima ligação entre a Psicologia e o Direito, decorrente do estudo da vida privada, reflete-se sensivelmente em inúmeros conceitos elaborados. Esta ligação é explicada por De Cupis, quando afirma que os direitos da personalidade, em consequência o direito à vida privada, “encontram-se em nexo estreitíssimo com a pessoa, a ponto de poder dizer-se orgânico.”¹⁴⁸

Assim é que diversos tratadistas ligam a vida privada, ou mais restritamente, a intimidade, à manutenção do equilíbrio psicológico do ser humano. Podemos citar:

Paulo José da Costa Jr: “Intimidade: a necessidade de encontrar na solidão aquela paz e aquele equilíbrio continuamente comprometido pelo ritmo da vida moderna, de manter-se a pessoa, querendo, isolada, subtraída ao alarde e a publicidade, fechada na sua intimidade, resguardado da curiosidade dos olhares e dos ouvidos ávidos.”¹⁴⁹

Irwin O. Spiegel que diz: “O interesse na libertação da angústia emocional é o campo de proteção da vida privada.”¹⁵⁰

Na mesma linha de pensamento, autores existem que indicam a vida privada como condição necessária à expressão da personalidade de cada um, como Heinrich Hubmann: “Somente se pode entremostrear a individualida-

148 “si trova colla persona in um nesso strettissimo, cosi da potersi dire organico”. DE CUPIS. Op.cit., p. 22. (tradução livre da autora deste trabalho).

149 COSTA Jr. Op. cit., p. 8.

150 Apud FERNANDES, Milton. op. cit. p.86.

de em um âmbito de sossego e intimidade, na qual se fica escondido da curiosidade do próximo e se pode configurar a vida de acordo com os próprios desejos.";¹⁵¹

Charles Fried vê a "vida privada como um contexto necessário para o amor, a amizade e a confiança, e que depende de uma completa avaliação de tais conceitos";¹⁵² e

Moacyr Oliviera: "A vida particular da pessoa ... Diz respeito à sua existência interior, espiritual, familiar, dentro da qual se expande e afirma a personalidade, no gozo exclusivo do que tem de autêntico."¹⁵³

Buscando definir melhor os contornos do direito à vida privada, alguns juristas procuraram defini-lo em contraponto ao direito de informação. Assim, observamos, por exemplo:

Genericamente a vida privada abrange todos os aspectos que por qualquer razão não gostaríamos de ver cair no domínio público, é tudo aquilo que não deve ser objeto do direito à informação nem da curiosidade da sociedade moderna que, para tanto, conta com os aparelhos altamente sofisticados. (Dotti);¹⁵⁴

O direito à vida privada pode ser definido como o direito a viver a sua própria vida em isolamento, sem estar submetido a uma publicidade que não provocou e nem desejou. (Willian Swindler);¹⁵⁵

Privacidade é a condição desfrutada por alguém que pode controlar a comunicação de informes a seu respeito. (Louis Lusky);¹⁵⁶ e

Vida privada é o direito fundamental de defender uma esfera de intimidade, contra toda a intrusão e toda a publicidade." (Pierre Coulombel)¹⁵⁷

Devemos anotar, ainda, as conceituações que procuram ressaltar os aspectos normativos do direito à vida privada, que o caracterizam em vista da relação jurídica que se forma entre o indivíduo e o grupo social.

151 Apud FERNANDES, Op. cit. p. 83.

152 Apud FERNANDES, Op. cit. p. 85.

153 OLIVEIRA, Op. cit. p. 99.

154 DOTTI, Op. cit. p. 71.

155 Apud DOTTI, Op. cit. p. 71.

156 Apud FERNANDES, Op. cit., p. 85.

157 Apud FERNANDES, Op. cit., p. 81.

O conceito de intimidade está relacionado com solidão, segredo e autonomia, embora aquela palavra não seja sinônimo destes termos. Além dos aspectos puramente descritivos da intimidade, como isolamento de companhia, de curiosidade e de influência alheia, a intimidade contém um elemento normativo: o direito de exclusivo controle de acesso a esfera privada. (Arnol Simmel).¹⁵⁸

(...) intimidade é a pretensão de indivíduos, grupos ou instituições a determinar, para si mesmos, quando, como e em que medida informações a eles pertinentes podem ser comunicadas a outro." (Alan F. Westin).¹⁵⁹

O direito à intimidade pessoal consiste no poder concedido a uma pessoa sobre o conjunto de atividades que formam seu círculo íntimo, que lhe permite dele excluir todos os estranhos e impedir uma publicidade não desejada pelo interessado."(Manoel Albadelejo).¹⁶⁰

Liberdade da esfera da intimidade — defere ao indivíduo uma esfera secreta da vida na qual este tem o poder legal de evitar os demais." (Jean Carbonnier).¹⁶¹

(...) a pretensão do indivíduo de ver impedida a curiosidade alheia, proibindo a indiscrição e a publicidade não voluntária, o conhecimento e a divulgação de suas vicissitudes pessoais e familiares." (Pietro Rescigno).¹⁶²

Todos os conceitos formulados padecem do mal da vaguesa de seus termos, como bem ressalta Milton Fernandes: "Tanto os aspectos descritivos quanto o normativo são passíveis de censura por imprecisão no estabelecimento dos limites conceituais. Os primeiros contém mera relação exemplifi-

158 El concepto de intimidad está relacionado con los de soledad, secreto y autonomía, pero aquella palabra no es sinónima de estas. Además de los aspectos puramente descriptivos de la intimidad como aislamiento de la compañía, la curiosidad y la influencia de otros, la intimidad implica un elemento normativo: el derecho al control exclusivo del acceso a la esfera privada. SIMMEL, Arnol. Intimidad, Esfera Reservada de la. In: *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*. Dirigida por David L. Sillis. Vol. 6. (Edición Española Director vicente Cervera Tomás). Madrid, Aguilar, 1975. p. 247.(trad. livre da autora deste trabalho).

159 Apud FERNANDES, Op. cit., p. 84.

160 Apud FERNANDES, Op. cit., p. 89.

161 Liberté de le sphère d'intimité — Il sied d'acorder à l'individu une sphère secrète de vie d'où il aura le pouvoir d'écarter les tiers. CARBONNIER, Jean. Droit Civil. Paris, Presses Universitarie de France, 1955. p.231. (trad. livre da autora deste trabalho).

162 Apud DOTTI, Op. cit., p. 72.

cativa, enquanto o segundo exprime idéia vaga, o controle do próprio domínio.”¹⁶³

Entretanto, o renomado autor espousa proposta conceitual que merece a mesma crítica que formulou. Senão vejamos: “Vida privada é o direito de excluir razoavelmente da informação alheia idéias, fatos e dados pertinentes ao sujeito.”¹⁶⁴

A razoabilidade, segundo o mesmo autor, seria auferida pelo critério do bom pai de família, ou pelo senso comum. Nada mais vago e impreciso.

Efetivamente, até agora não se fixou de forma precisa um conceito de direito à vida privada, mesmo porque esse direito está vinculado a inúmeras variáveis, relacionadas com o tempo, o local, a profissão e até com a personalidade de seu titular, conforme já mencionamos.

Neste momento, torna-se importante raciocinar sobre o posicionamento de Eduardo Novoa Monreal, que analisa com profundidade a questão da dificuldade conceitual apresentada.

(...) os obstáculos que se apresentam hoje em dia para obter-se uma definição aceitável de vida privada, podem ser superados, pelo menos parcialmente, se procurarmos assinalar os fundamentos dela, para logo indagar acerca de seu conteúdo, pondo mais atenção nas exigências práticas que nos desenvolvimentos abstratos.¹⁶⁵

Reconhecendo as dificuldades e aceitando que se “trabalha com um conceito multiforme, variado e fluido”,¹⁶⁶ compartilhamos da opinião do mestre espanhol, quando preconiza a necessidade de uma certa delimitação.

Em assunto de tamanha importância, não poderá o jurista lavar as mãos, depositando a responsabilidade inteiramente no juízo de outro homem (juiz), para que decida casuisticamente, sem bases ou paralelos.

Uma tendência muito generalizada de atribuir ao tribunal que conhece a controvérsia uma discricionariedade muito ampla, a fim de que decida soberana-

¹⁶³ FERNANDES, Op. cit., 83.

¹⁶⁴ *ibidem*.

¹⁶⁵ Los obstáculos que se presentan hoyu dia»para obtener una definición aceptable de la vida privada, pueden ser salvados, por lo menos parcialmente, si procuramos senalar los fundamentos de ella luego indagar acerca de su contenido, poniendo mas atencio a las exigencias prácticas que a los dasarrollos abstratos. MONREAL, Op.cit., p.35.

¹⁶⁶ *Ibidem*.p.44.

mente se existiu violação ou não da vida privada em cada caso concreto. ... porém por variável e relativo que seja o conceito e ainda quando seja necessário, para demarcá-lo, considerar diversos fatores, muito mutáveis, entre os quais têm grande valor os padrões culturais que vigoram no meio em que se desenvolveu o sujeito, não se pode rechaçar a possibilidade de alcançar uma certa delimitação.¹⁶⁷

Nesse sentido, as listagens de situações genericamente elaboradas, para fixar-se parâmetros da vida privada apresentam importante papel no desenvolvimento jurisprudencial do direito à vida privada, apesar de suscetíveis a críticas conceituais por imprecisão.

Com os objetivos supra especificados, apresentamos algumas das listagens de situações da vida que comporiam, em regra, o direito à vida privada.

A Conferência dos Juristas Nórdicos de 1968, sobre "Right of Privacy" assentou que o indivíduo tem direito a ter sua privacidade protegida contra:

- a) interferência em sua vida privada, familiar e doméstica;
- b) ingerência em sua integridade física ou mental, ou sua liberdade moral e intelectual;
- c) ataques à sua honra e reputação;
- d) colocação em perspectiva falsa;
- e) a comunicação de fatos irrelevantes e embaraçosos relativos à intimidade;
- f) uso de seu nome, identidade ou retrato;
- g) espionagem e espreita;
- h) intervenção na correspondência;
- i) má utilização de suas informações escritas ou orais; e
- j) transmissão de informes dados ou recebidos em razão de segredo profissional.

A mesma posição foi adotada no III Colóquio Internacional sobre a Convenção Européia dos Direitos do Homem.¹⁶⁸

Raymond Lindon relaciona:

¹⁶⁷ Una tendencia muy generalizada es la de atribuir al tribunal que conoce de la controversia una discrecionalidad muy amplia, a fin de que decida soberanamente si se ha vulnerado o no vida privada em cada caso concreto. ... Pra por variable y relativo que sea el concepto y aun cuando sea necesario, para en marcarlo, considerar diversos factores, muy cambiantes, entre los cual tienen gran relieve los patrones culturales que rigem en el médio en que se desenvuelve el sujeto, no puede rechazarse le posibilidad de alcanzar una cierta delimitacion. Ibidem. (tradução livre da autora deste trabalho).

¹⁶⁸ FERNANDES, Op.cit.,p.130.

(...) conteúdo normal da vida privada, consiste em identidade, lembranças pessoais, intimidade do lar, saúde, vida conjugal, aventuras amorosas, lazeres, direito ao esquecimento, vida profissional, segredo dos negócios e imagem.¹⁶⁹

Finalizando, vejamos a opinião de Monreal:

(...) apresentamos a seguir, diversas atividades, situações e fenômenos que hoje e aqui podem ser declarados pertencentes à vida privada. Um recorte empírico, que tem em consideração indicações da doutrina, que agrega elementos novos e que exclui os que não podemos ter como objetos do direito à vida privada. São eles:

- a) idéias e crenças religiosas, filosóficas, mágicas e políticas;
- b) aspectos concernentes à vida amorosa e sexual;
- c) aspectos não conhecidos por estranhos à família, especialmente os de índole embaraçosa para os indivíduos ou para o grupo;
- d) defeitos ou anomalias físicas ou psíquicas não ostensivos;
- e) comportamento do sujeito que não é conhecido de estranhos e que ao ser conhecido originaria crítica ou desmereceria a apreciação que estes fazem daquele;
- f) afecções de saúde cujo conhecimento menoscabe o juízo que para fins sociais ou profissionais formulam os demais acerca do sujeito;
- g) conteúdo de comunicações escritas ou orais de tipo pessoal, isto é, dirigidas unicamente para o conhecimento de uma ou mais pessoas determinadas;
- h) a vida passada do sujeito, quando possa ser motivo de aborrecimento para este;
- i) origens familiares que lastimem a posição social e da mesma forma, questões concernentes à filiação e aos atos de estado civil;
- j) o cumprimento das funções fisiológicas de excreção e fatos ou atos relativos ao próprio corpo que são tidos por repugnantes ou socialmente inaceitáveis (ruidos corporais, intromissão de dedos em cavidades naturais, etc.);
- k) momentos penosos ou de extremo abatimento; e
- l) em geral, todo dado, fato ou atividade pessoal não conhecida por outros, cujo conhecimento por terceiros produza turbção moral ou psíquica ao afetado

169 Apud FERNANDES, Op.cit.,p.129.

(nudez, embaraço prematrimonial).¹⁷⁰

Utilizando o estudo de Eduardo N. Monreal, fixaremos o conceito de dados sensíveis, ou seja, informações cujo armazenamento, manipulação ou transmissão poderá caracterizar violação do direito à vida privada nas seguintes bases:

- a) idéias e crenças religiosas, filosóficas, mágicas e políticas;
- b) aspectos concernentes à vida amorosa e sexual;
- c) defeitos ou anomalias físicas ou psíquicas não ostensivos;
- d) comportamento do sujeito que não é conhecido de estranhos e que ao ser conhecido originaria crítica ou desmereceria a apreciação que estes fazem daquele;
- e) afecções de saúde cujo conhecimento menoscabe o juízo que para fins sociais ou profissionais formulam os demais acerca do sujeito;
- f) a vida passada do sujeito, quando possa ser motivo de aborrecimento para este;
- g) origens familiares que lastimem a posição social e da mesma forma, questões concernentes à filiação e aos atos de estado civil;
- h) o cumprimento das funções fisiológicas de excreção e fa-

170 " ... presentamos a continuación diversas actividades, situaciones y fenómenos que hoy y aquí pueden declararse pertenecientes a la vida privada. Será un recuento empírico, que tiene en consideración indicaciones de la doutrina, que agrega elementos nuevos y que excluye lo que no podemos tener como objeto del derecho a la vida privada. Ello son: a) ideas y creencias religiosas, filosóficas, mágicas y políticas que el individuo desee sustraer al conocimiento ajeno; b) aspecto concernientes a la vida amorosa y sexual; c) aspecto no conocidos por extraños de la familias, especialmente los de índole embarazosa para el individuo o para el grupo; d) defectos o anomalías físico o psíquicos no ostensibles; e) comportamiento del sujeto que no es conocido de los extraños y que de ser conocido originaria críticas o desmejoraría la apreciación que estos hacen de aquel; f) afecciones de la salud cuyo conocimiento menoscabe el juicio que para fines sociales o profesionales formulan los demás acerca del sujeto; g) contenido de comunicaciones escritas ou orales de tipo personal, esta es, dirigida únicamente para el conocimiento de una o más personas determinadas; h) la vida pasada del sujeto, en cuanto pueda ser motivo de bochorno para éste; i) orígenes familiares aque lastimen la posición social y en igual caso, cuestiones concernientes a la filiación y a los actos de estado civil; j) el cumplimiento de las funciones fisiológicas de excreción, y hechos o actos relativos al próprio cuerpo que son tenidos por repugnantes o socialmente inaceptables (ruidos corporales, intromisión de dedos em cavidades naturales, etc.); k) momentos penosos o de extremo abatimiento, y l) en general, todos datos, hechos o actividades personal no conocidas por pto. cuyo conocimiento por terceiros produzca turbación moral o psíquica al afectado (desnudez, embarazo prematrimonial) MONREAL, Eduardo n. Op.cit.,p. 44.(tradução livre da autora deste trabalho).

tos ou atos relativos ao próprio corpo que são tidos por repugnantes ou socialmente inaceitáveis (ruídos corporais, intromissão de dedos em cavidades naturais, etc.);

i) em geral, todo dado, fato ou atividade pessoal não conhecida por outros, cujo conhecimento por terceiros produza turbção moral ou psíquica ao afetado (nudez, embaraço prematrimonial).

Na doutrina nacional, o conceito de dados sensíveis não é completamente desconhecido, tendo se ocupado dele, por exemplo:

Celso Ribeiro Bastos, "(...) os dados hão de ser pessoais, é dizer, definidores das situações da pessoa nas diversas searas da existência: por exemplo: religião, ideologia, situações econômica, profissional, hábito sexual."¹⁷¹

José Afonso da Silva, "(...) pela introdução de dados sensíveis (assim chamados os de ordem racial, opinião política, filosófica ou religiosa, filiação partidária e sindical, orientação sexual etc.)(...)"¹⁷²

Estas hipóteses servirão como critério ou limite, que deverão sofrer a adaptação ao caso concreto, esta sim tarefa deferida ao juiz da causa, já que a clarificação do que se considera vida privada em nosso meio social é trabalho mais apropriado à sociologia que ao aplicador da lei. Não haverá como trabalhar juridicamente o conceito de vida privada sem esta apreciação.

No dizer de Monreal:

Somente buscando aquilo que ' hic et nunc' dentro de nosso meio e de nossa cultura atual há de considerar-se como claramente pertencente à vida privada do indivíduo, poderemos trabalhar com um objeto flutuante, ligado a fatores contingentes, cuja apreciação se faz sempre a partir de bases carregadas de subjetividade e que por isso apresenta-se, para sua consideração como fugidio e quase incompreensível.¹⁷³

171 BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. 2º Vol. São Paulo, Saraiva, 1988. p.363.

172 SILVA, José Afonso da. *Mandado de Injunção e Habeas Data*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989. p. 54.

173 " Solamente buscando aquello que hic et nunc, dentro de nuestra medio y de nuestra cultura actual, ho de considerarse como claramente perteneciente a la vida privada del individuo, poderemos sortear el escallo de trabajas com um objeto fluctuante, ligado a factores contingentes, cuya apreciación se hace siempre desde base largadas de subjetividad y que peo ello se presenta, para su consideración científica como huidizo y casi inoprehensible."MONREAL, Op.cit.,p.45.

CAPÍTULO II - A AMEAÇA TECNOLÓGICA

1. Informática como Instrumento

O termo informática, cuja criação atribui-se a Phillippe Dreyfus, advém da aglutinação das palavras informação e automática.

Automático é aquilo que se realiza por meios mecânicos.

Informação, notícia ou comunicação recebida ou transmitida, dados, conhecimento.

A decomposição do termo informática, por si só o define com clareza, ou seja, disciplina que trata do recebimento e transmissão mecânica de dados ou conhecimento.

Formulamos esta definição simplista apenas para clarificar os motivos pelos quais a definição formulada por Dreyfus, sobre informática, é preferida às demais.

Em 1962 Dreyfus definiu-a como "ciência que se ocupa do trabalho racional, mediante máquinas automáticas, da informação tomada como suporte de conhecimento e comunicação nos domínios técnicos, econômicos e sociais."¹⁷⁴

Posteriormente, reavaliando a definição formulada, definiu-a como "a ciência do tratamento automático e racional das informações, conside-

174 GARCIA, Dinio de Santis. *Introdução à Informática Jurídica*. São Paulo, José Bushatsky Editor (Universidade de São Paulo), 1976. p. 199.

radas como suporte dos conhecimentos e das comunicações.¹⁷⁵

As definições propostas por Mikhailov¹⁷⁶ e pela Academia Francesa¹⁷⁷ não limitam o âmbito da informática à informação automatizada, permitindo confusão de objeto com outras disciplinas que tratam da informação (bibliográfica e documentação).

A partir da definição de informática, formulada por Dreyfus, podemos concluir que a informática cria, como seu produto principal, técnicas de colheita, tratamento e difusão automática da informação.

Essas técnicas, aliadas ao constante progresso do computador (o meio mecânico de colheita tratamento e difusão), que a cada dia incrementa mais memória e velocidade à máquina, estão provocando o que se convencionou chamar "revolução informática."¹⁷⁸

Apesar das vozes discordantes, anotadas por Milton Fernandes, o entendimento "majoritário responde que a informática acrescenta à coleta, ao tratamento e ao emprego dos dados alterações quantitativas tão importantes que provocam mudança qualitativa. Os elementos que a compõem e caracterizam não são novos em si mesmos; por suas dimensões,..., colocaram problemas novos em relação ao armazenamento convencional."¹⁷⁹

O mesmo entendimento é esposado por Sundfeld:

A informática tornou muito relevante um problema, ao qual não demos até hoje a devida importância, que é a posse e manipulação da informação. Desde sempre as pessoas tiveram a detenção de informações de vários tipos, inclusive sobre a intimidade das pessoas. No entanto o potencial danoso que o uso dessas informações representava era muito reduzido, porque não havia o processamento e a interligação de dados. Hoje é possível interligar dados e controlar a vida das pessoas passo a passo. Existem gigantescos bancos de dados pelo mundo afora, no Brasil, que não tem um desenvolvimento, no setor da informática, tão grande, já existem

175 Op.cit., p. 200.

176 "a disciplina científica que investiga a estrutura e as propriedades (mas não o conteúdo concreto) das informações científicas, bem como as regularidades da informação científica, sua teoria, história, metodologia e organização. O objetivo da informática consiste em desenvolver métodos e meios óticos de apresentação (registro), coleção, processamento analítico-sintético, armazenamento, recuperação e disseminação da informação científica." Op. cit., p. 198.

177 " A informática é a ciência do tratamento racional, notadamente por máquinas automáticas, da informação considerada como o suporte de conhecimento e de comunicações, nos domínios técnicos, econômicos e sociais". Apud. GARCIA, Op. cit. p. 199.

178 LOSANO, Mario G. *Lições de Informática Jurídica*. São Paulo, Resenha Tributária, 1974. p. 5.

179 FERNANDES, Op. cit. p.225.

imensos bancos de dados contendo informações de caráter exclusivamente pessoal.¹⁸⁰

Em suma, a informática é um instrumento de mudança, de transformação social.

Na visão de Listz Vieira, um instrumento de grande envergadura e poder de transformação social.

A informática é, em geral, uma maneira nova de registrar, conservar, tratar e agilizar os dados recolhidos pelo conjunto social na sua prática. É o advento de uma nova linguagem, tão significativa socialmente quanto foi, num dado momento, o aparecimento da escrita.

O aparecimento do alfabeto, que mudou o rumo das civilizações, teve como contrapartida a invenção dos analfabetos, forma de dizer que a mecânica do poder seqüestrou de parte da sociedade um saber coletivamente produzido, que passou a servir de base de sustentação para uma autoridade estatal.

Mesmo correndo o risco da simplificação, podemos dizer que o caso tende a se repetir com a informatização. A informática pode engendrar a classe dos "ainformáticos", os ignorantes de um modelo de saber/poder que ajudaram a fabricar.¹⁸¹

O professor Vittorio Fronsini, por sua vez, afirma:

A possibilidade de acúmulo de informações em quantidade ilimitada, de comparação e de agregação, de acesso imediato em uma memória imensa e indefectível, de objetivação e transmissão como uma mercadoria (em forma de fitas, cilindros, tambores ou discos magnéticos), permite um novo poder de domínio social sobre o indivíduo, o poder informático.¹⁸²

A informática esta provocando uma transformação social, reequilibrando as formas de controle e criando uma nova estrutura de poder.

Esta nova estrutura está baseada no já mencionado "poder informático", e no fato aceito de que "a informação não é neutra, a informação é

180 SUNDFELD, Carlos Ari. Habeas Data. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*. Vol.32:p.101-118. dez.1989. p.112.

181 VIEIRA, Listz. Informática e Liberdade. *Jornal do Brasil*. 9 de dezembro de 1984.

182 "La posibilidad de acumular informaciones en cantidad ilimitada, de compararla y agregarlas, de encontrarlas inmediatamente en una memoria inmensa e indefectible, de objetivarlas y transmitir las como una mercadoria (em forma de cintas, rodillos, tambores e disco magnetizados), permite un poder de dominio social sobre el individuo, el poder informático." FROSSINI, Vittorio. Banco de Datos y Tutela de la Persona. *Revista de Estudios Politicos* (Nueva Epoca). Nº 36: p. 21-40 Nov/Dic. 1982. p. 21. (tradução livre da autora deste trabalho).

poder", como afirma Michel Crozin.¹⁸³

Já estamos na sociedade de informação ... a sociedade industrial já esgotou sua força propulsora - e o recurso estratégico, centro da nova sociedade é a informação ("know-how"). No centro desse novo saber, o computador se colocou como um elemento que elimina a distância entre quem emite e quem recebe a informação.¹⁸⁴

... a informação, além de alimentar os meios financeiros, converte-se em um dos polos do poder. Fala-se até em "computocracia", tendo em vista a relação informação-poder. São sérios os temores que acentuam a possibilidade de manipulação de todos estes dados, que podem gerar totalitarismo e controle perverso.¹⁸⁵

As técnicas de manejo da informação, criadas pela informática, abrem perspectivas de rápida evolução e pesquisa em todas as áreas do conhecimento, exatamente pela velocidade que imprime na difusão e na capacidade de armazenamento da informação.

Entretanto, a criação e incremento descontrolado de Bancos de Dados¹⁸⁶ que compilem informações pessoais de determinados indivíduos, tem grande possibilidade de desvendá-los, colocá-los "a nu", além da submissão que poderá expor parte da humanidade não habilitada a utilizar seus recursos.

Como todo o instrumento a informática cria efeitos positivos e negativos, o problema está em gerenciá-los.

No dizer de Carlos A. Dunshee Abranches:

Toda inovação introduzida nas relações sociais, a cada descoberta ou

183 DOTTI, Op.cit., p. 251.

184 MARTINHO, Antonio Anselmo. Informática Jurídica Hoje. *Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. Vol 91: p.7-22. jul/set. 1987 p.7.

185 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Habeas Data ou Habeas Scriptum. *Jornal do Advogado*. Belo Horizonte. Agosto de 1988. p.3.

186 " Computer data bases (bancos de dados) ... são obras de compilação ou de coletânea, como os dicionários, de repertórios de jurisprudência ou os catálogos de telefones e os anuários, nos quais não há, a olhos vistos, trabalho de criação, embora exijam um esforço e "certa habilidade do compilador". GOMES, Orlando. Responsabilidade Civil na Informática. *Revista Forense*. Vol. 298. p. 5.

"Os bancos de dados, que podem conter várias bases de dados, constituem um sistema - a que se vincula um programa adequado de recuperação - um sistema que opera o depósito ou armazenamento de elementos oriundos de diversas fontes, destinados ao múltiplo acesso dos usuários autorizados." RAMOS, Saulo. Consultoria Geral de República (Parecer SR 71, de 6 de outubro de 1988.). *Diário Oficial da União*. 11 de outubro de 1988. p.19810.

melhoria resultante do progresso da ciência e da tecnologia, apresenta duas faces, uma positiva, benéfica ao homem e que melhora a qualidade da vida; outra, negativa, que pode causar dano ao ser humano, poluir o meio ambiente ao agravar certos problemas sociais.

O computador não podia escapar a essa regra. Se usado corretamente, serve ao homem para inúmeros fins úteis, realizando tarefas que assombram a nossa inteligência, apesar de ainda não se haverem esgotado todas as suas possibilidades de aplicação. No entanto se operados para fins moralmente reprováveis ou sem as cautelas indispensáveis, pode ser instrumento de abusos e injustiças.¹⁸⁷

Qual a forma de estabelecer esta gerência benéfica à sociedade e ao indivíduo, evitando-se o abuso e a dominação do homem através do poder informático? Não existem respostas prontas, entretanto, é alentadora a opinião do historiador E. H. Carr, quando estuda outros efeitos do poder da informação:

... toda invenção, toda inovação, toda técnica descoberta no decorrer da história tem tanto seu lado negativo quanto positivo. O custo sempre tem que ser pago por alguém. Não sei quanto tempo se passou desde a invenção da imprensa, antes que críticos comessem a dizer que ela facilitava a expressão de opiniões errôneas. Hoje é lugar-comum lamentar a taxa de mortalidade em estradas, causadas pelo advento do automóvel: até alguns cientistas deploraram suas próprias descobertas dos caminhos e meios para liberar a energia atômica, por causa da utilização catastrófica que dela pode ser - e tem sido - feita. Tais objeções de nada serviram no passado - e parece que de nada servirão no futuro - para deter o avanço de novas descobertas e invenções ... Não é mais possível retornar à reduzida democracia individualista ou à teoria liberal de Locke, parcialmente realizada na Grã-Bretanha nos meados do século XIX, assim como também não é possível voltar ao cavalo e à caruagem ou aos primeiros tempos do capitalismo do "laissez-faire". Mas a verdadeira resposta é que estes males também trazem consigo seu próprio corretivo. O remédio não está num culto do irracionalismo ou numa renúncia ao papel ampliado da razão na sociedade moderna, mas numa consciência crescente, tanto de baixo quanto de cima, do papel que a razão pode desempenhar. Isto não é um sonho utópico, numa época em que o uso cada vez maior da razão em todos os níveis da sociedade vem sendo imposto pela nossa revolução tecnológica e científica. Como qualquer outro grande avanço em história, este tem seu preço e seus prejuízos, que têm de ser pagos, e seus perigos que têm de ser enfrentados.¹⁸⁸

Evidentemente, afirmarmos que cada mal traz em si a cura, não pode remeter-nos a uma posição de espera, uma atitude passiva. A busca para a boa gerência e limitação dos abusos que podem advir da informática re-

¹⁸⁷ ABRANCHES, Carlos A. Dunshee. Privacidade das Informações Pessoais. *Jornal do Brasil*, 24 de maio de 1978.

¹⁸⁸ CARR, Op. cit., p. 123.

quer reflexão e ação imediata, sob pena de ineficácia. A posição do jurista não pode tardar, como assevera Costa Jr:

De um lado, com o progresso tecnológico, a personalidade humana se enriquece: aumentam, em tempo de paz, as garantias de proteção à saúde, à higiene, ao trabalho, à instrução, à segurança do transporte. De outro, a sociedade, em nome do progresso, invadindo zonas tranquilas, estraçalhando parques, impondo rumores insuportáveis e exaltações metíficas, racionalizando e automatizando o trabalho e sempre deprimindo o homem.

Assim, o desenvolvimento da técnica, que dá maior conforto e empresta maiores garantias à pessoa humana, deverá encontrar uma severa disciplina jurídica, em nome da própria personalidade, sob pena de vir esta a ser sacrificada comprometedoramente^{189 190}

189 COSTA Jr., Op. cit., p. 95.

190 Ver Cap. I.2.

2. O uso Abusivo da Informática

Acredito que o Anjo que tudo registra deixa cair às vezes uma lágrima para apagar nossas faltas humanas, mas não existe a mesma compaixão nos computadores. Nem em qualquer dos novos instrumentos de medição do homem, oferecidos a nós pelas ciências do comportamento e pela tecnologia." (Senador Sam Ervin, Presidente da Subcomissão de Direitos Constitucionais do Senado Norte- americano).¹⁹¹

A informática trouxe sensível alteração na qualidade de vida do homem, tornando-se instrumento facilitador indispensável para a maioria das atividades desenvolvidas na sociedade contemporânea.

Seu impacto benéfico na agilização e liberação do homem de tarefas repetitivas ou monótonas e a velocidade que imprimiu na coleta e recuperação de informações é indispensável e fundamental na manutenção de nossa organização social, como podemos auferir dos dados coletados por Ethevaldo Siqueira:

Num mundo em que o volume de informações dobra a cada 14 meses e em que o texto de livros novos publicados a cada dia supera o número de páginas da Enciclopédia Britânica, as máquinas de informar, os arquivos eletrônicos e os bancos de dados avançam sem restrições legais no Brasil.

Embora o computador preste numerosos serviços e seja instrumento essencial para dominar essa massa de informações novas que são produzidas a cada dia, há evidentes perigos de manipulação indiscriminada da informações contra a personalidade, especialmente dos dados confidenciais armazenados nos arquivos públicos e privados.¹⁹²

Os computadores, na atualidade, controlam e atuam a decolagem e pouso dos aviões, distribuem a energia elétrica e mantêm o sistema fi-

191 — O Assalto à Vida Privada. *Jornal do Brasil*. 14 de maio de 1972.

192 SIQUEIRA, Ethevaldo. O Computador Viola o Direito à Intimidade. *O Estado de São Paulo*. 31 de agosto de 1975.

nanceiro em funcionamento 24 horas ao dia, ou seja, a nossa estrutura social não pode mais prescindir do uso da informática.

Entretanto, como afirmamos anteriormente, os efeitos negativos criados pela informática necessitam de maior reflexão.

O alerta dos doutrinadores sobre essa necessidade de reflexão se multiplicam. Podemos citar alguns dos mais eloqüentes:

É inegável, pois, que a era da tecnologia está suscitando problemas de funda repercussão no plano ético, por via de consequência, no plano jurídico. A cibernética, especialmente, engendra um novo sistema de relações entre o homem e a máquina, cujos resultados poderão ser ruinosos. Diante dessa perspectiva, o mínimo que nos cabe é analisar cuidadosamente as alterações em processamento, para disciplinar as simbioses criadas por tais relações.¹⁹³

Ainda não entrou em cena o "Big Brother" do apavorante romance de antecipação do futuro 1984 de George Orwell, mas o terreno está sendo preparado, etapa por etapa, para que ele assuma o seu poder absoluto sobre as vidas humanas. Poder que, em última análise, resulta da intromissão sistemática nos segredos de indivíduos e organizações.

Os sistemas de computadores desenvolvem-se com extraordinária rapidez e é provável que em poucos anos, modifiquem a vida do homem de um modo muito mais radical do que o fizeram a máquina a vapor e a energia nuclear. As pessoas ainda não se deram conta suficientemente de que, muito em breve, todas as transações importantes da vida serão memorizadas pelos computadores.¹⁹⁴

Estamos entrando rapidamente na era em que não haverá intimidade, em que todos estarão o tempo todo sujeitos à vigilância pelo tempo todo, na era em que não existirão segredos para o Governo ... Os testes pessoais buscam extrair de um homem os seus mais íntimos pensamentos ... As fichas de todos os cidadãos aumentam em número e em tamanho. Atualmente elas estão passando a selecionar de modo que pelo simples gesto de apertar um botão, todos os pobres, todos os enfermos, os suspeitos, os pouco populares, os cidadãos da Nação que se afastam do comum, poderão ser imediatamente identificados. Estes exemplos e muitos outros demonstram que por todas as partes a intimidade e a dignidade de nossos cidadãos estão sendo restringidas, às vezes, por imperceptíveis passos.¹⁹⁵

Evidentemente não se pretende uma apologia da catástrofe, apenas levantar dados que demonstrem a real importância que a informática tem na nossa estrutura social, demonstrando ainda, seu potencial de invasão da

193 COSTA Jr., Op. cit., p. 21.

194 NEWTON, Ronaldo. A invasão oculta dos computadores. A intimidade Vigida - 1. *Jornal O Globo*. 18 de julho de 1974.

195 Juiz Willian O. Douglas - Suprema Corte Norte-americana - 1966. Apud. DOTTI, Op. cit., p. 175.

vida privada, tema central deste trabalho.

Em 1983 o Jornal O Estado de São Paulo informava que existiam 1.029 bancos de dados no Brasil¹⁹⁶ Passada mais de uma década, quantos serão eles? Em quantos deles constam informações sobre nós? Será que você consegue lembrar quantas fichas preencheu no último ano?

Vejamos o que Sundfeld afirma sobre esta questão:

No setor público poderíamos citar alguns exemplos: Os fichários policiais, o Serviço Nacional de Informações, a Polícia Federal, a Polícia Estadual, os Serviços secretos dos Ministérios militares, que detém uma gigantesca massa de dados a respeito das pessoas, informações que não conhecemos e que não controlamos. A Previdência Social detém uma gigantesca massa de informações, através do DataPrev, a respeito das pessoas, quando se internaram, quando se operaram, que problemas tiveram, quem as operou, quem as tratou. Tudo isso envolve informação de caráter pessoal, que está informatizada e armazenada num banco de dados da Previdência Social. A secretaria da Receita Federal dispõe, talvez, do mais notável banco de dados a respeito da vida íntima das pessoas: que bens possuem, onde aplicam seu dinheiro, que médicos freqüentam, que advogados usam, que psicólogos consultam, que livros lêem, onde trabalham, com quem têm contato. Tudo isso a Secretaria da Receita Federal sabe e essas informações todas são manipuláveis, são passíveis de cruzamento e de uso, inclusive contra o indivíduo. Existem muitos outros fichários gigantescos e informatizados na esfera pública.

Mas existem alguns também na esfera privada. Os bancos comerciais possuem serviços informatizados e bancos de dados contendo cadastros das pessoas, com informações muito precisas sobre o cumprimento, por elas, das suas obrigações, sobre os bens que possuem, sobre o relacionamento comercial que têm, sobre o bom crédito de que gozam ou que não gozam na praça. Existe um Serviço de Proteção do Crédito, que é utilizado por comerciantes e por empresários em geral, que contém informações da mesma natureza. E existem muitas informações que não estão reunidas num banco de dados, mas que podem sê-lo. Imaginem as informações que os médicos possuem a respeito de cada um de nós ou os registros de entrada e saída em hospitais, entrada e saída em hotéis, em motéis, em aviões. Imaginem tudo isso cruzado, como permitiria um imenso controle sobre a vida das pessoas. Imaginem que tudo aquilo que fizemos hoje, ontem, foi registrado nalgum lugar. Se pensamos naquilo que andamos fazendo, sabemos que muitos desses atos foram registrados. Imaginem se tais informações forem cruzadas, o gigantesco poder que o detentor desses dados terá sobre nós.¹⁹⁷

Devemos mencionar, ainda as informações constantes dos bancos de dados das administradoras de cartões de crédito, mercado pequeno no Brasil, face a peculiaridade nacional do uso de cheque, mas que além dos

196 SIQUEIRA, Ethevaldo. O Computador e a sua Privacidade. *Folha de São Paulo*. 9 de março de 1983.

197 SUNDFELD, Op. cit.

cadastros normais para concessão do crédito, mantém dados sobre tudo que foi pago através do cartão.

Ronaldo Newton, citando dados coletados por Ralph Neder, sobre o mercado norte-americano de cartões de crédito, afirma: "... são mantidos registros de toda a sorte de boatos e informações não controladas sobre 72 milhões de americanos e que esses arquivos se acham à disposição de quem quiser consultá-los mediante o pagamento de uma taxa de dez dólares."¹⁹⁸

Outos dados reveladores sobre essa questão vem das informações coletadas por Arthur R. Miller, ao afirmar:

A longo prazo, Miller se preocupa mais com a atividade das firmas particulares do que propriamente com o Governo. Até mesmo os arquivos do Pentágono são pequenos se comparados aos bancos de dados do setor privado: a Retail Credit Company de Atlanta guarda dossiês sobre 45 milhões de pessoas e produz relatórios anuais sobre 35 milhões; a Credit Data Corporation tem 27 milhões de fichas e o Hooper Holmes Bureau, mantém 10 milhões de indivíduos sob vigilância, especializa-se em pequenas delações e tem o FBI como cliente mais importante.¹⁹⁹

Além do número de bancos de dados existentes e da quantidade e qualidade das informações constantes em cada um, outra questão preocupante é a possibilidade de intercomunicação ou cruzamento indiscriminado dos dados por venda ou cessão gratuita. A possibilidade existe, basta uma linha telefônica e o código de acesso. Em 1975, conforme informa o jornal *O Estado de São Paulo*, o governo do Estado de São Paulo vendeu informações de seus cadastros para empresas particulares, provocando protesto de concorrentes.²⁰⁰

A mesma fonte refere o fornecimento de dados pela Receita Federal à Municipalidade de São Paulo, para fiscalização do pagamento de impostos sobre serviços de qualquer natureza - ISSQN.

Recentemente, em 1994, a Receita Federal pretendeu o acesso aos bancos de dados do sistema bancário, ante a determinação de devolução do Imposto Sobre Movimentação Financeira - IPMF, cobrado indevidamente no exercício de 1993. Fato que originou ações dos bancos para evitar a quebra do sigilo bancário.

A intercomunicação não é fato que preocupe a doutrina apenas do âmbito interno de cada nação, o chamado "transborder flow" ou transmissão de dados de um país a outro (transfronteiriço), também merece conside-

¹⁹⁸ NEWTON, Op. cit.

¹⁹⁹ — O Assalto à Vida Privada. Op. cit.

²⁰⁰ SIQUEIRA, Ethevaldo. O Computador Viola o Direito à Intimidade. *O Estado de São Paulo*. 31 de agosto de 1975.

ração. No dizer de Vittorio Frosini:

Ainda que no setor do direito interno possa-se contar, com efeito, uma proteção adequada da privacidade das pessoas, quando se efetua uma fuga de dados transfronteira, pode verificar-se uma passagem de dados de um Estado provido de garantias jurídicas à um Estado desprovido delas, ou cuja legislação permite a ocultação ou a manipulação de dados (são os ditos paraísos informáticos, por analogia com os "paraísos fiscais" que permitem a ocultação de capitais financeiros). Assim, o processamento e a análise cruzada de dados (ainda que aparentemente "neutros" ou "insensíveis", se tomados isoladamente, um por um, e provenientes de distintos países) logram evitar a cautela jurídica disposta para tutela dos interessados.²⁰¹

A partir de 1984, através da lei nº 7.232, de 29 de outubro de 1984, que dispõe sobre a Política Nacional de Informática, e dá outras providências, fixou-se no Brasil as diretrizes da proteção da pessoa e de sua vida privada, em relação ao processo de informatização. O artigo 2º, incisos VIII e IX, estabelecem essa proteção de forma genérica, da seguinte forma:

art. 2º A Política Nacional de Informática tem por objetivo a capacitação nacional nas atividades de informática, em proveito do desenvolvimento social, cultural, político, tecnológico e econômico da sociedade brasileira, atendidos os seguintes princípios:

(...)

VIII - estabelecimento de mecanismos e instrumentos legais e técnicos para a proteção do sigilo dos dados armazenados, processados e veiculados, do interesse da privacidade e de segurança das pessoas físicas e jurídicas, privadas e públicas;

IX - estabelecimento de mecanismos e instrumentos para assegurar a todo cidadão o direito de acesso e à retificação de informações sobre ele existentes em bases de dados pública ou privadas;

Observa-se uma intrínseca proibição da revelação de dados pessoais, pelo sistema oficial ou entre particulares, na área da informática. Entretanto a não edição de legislação específica, conforme preceituava o artigo 43

²⁰¹ " Mientras que en el sector del derecho interno se puede lograr, en efecto, una protección adecuada de la privacidad de la persona, cuando se efectúa un flujo de datos transfronteros, puede verificarse un pasaje de los datos mismos de un Estado provisto de garantías jurídicas a un Estado desprovisto de ellas, o sea cuya legislación permite la ocultación o la manipulación de los datos (los susodichos paraísos informáticos, por analogía con los "paraísos fiscales" que permiten la ocultación de capitales financieros). Por ello, el procesamiento y el análisis cruzado de los datos (aunque aparentemente "neutros" o "insensibles", si tomados aisladamente, uno por uno, y provenientes de distintos países) logran evitar cautelas jurídicas dispuestas para tutelas a los interesados." FRONSINI, Op. cit., p. 39. (tradução livre da autora deste trabalho).

da supra citada lei,²⁰² delimitando os princípios gerais criados permite, até os nossos dias, tanto o intercâmbio negocial como o gratuito, apesar da doutrina unanimemente se manifestar pela proibição do desvio de finalidade, afirmando que os dados cadastrados só podem ser usados para seus fins próprios, aqueles fins motivadores de sua coleta (abertura de contas, concessão de crédito, venda de bens, etc.), não podendo ser fornecidos a terceiros, sem o consentimento expresso do cadastrado²⁰³.

Mesmo assim, os casos de intercâmbio devem ser freqüentes, é o que indica a quantidade de propaganda, por mala direta, que comumente recebemos, de empresas que possuem dados específicos sobre nossa vida (data de nascimento, profissão, etc.) sem que jamais tenhamos mantido qualquer relacionamento comercial com o remetente. Raramente se sabe de onde partiu a informação.

Outra questão preocupante é a possibilidade de ingresso de pessoas não autorizadas no sistema. Trata-se de fato notório, que pode ser realizado de qualquer telefone público, com equipamento portátil.

Donald N. Michael, em ensaio escrito de 1964,... que a utilização dos computadores pode alterar seriamente o grau de limitação do acesso de cada pessoa. Para o fim, concorrerem, entre outros, vários fatores:

- 1) a habilidade do invasor da vida privada em reunir dados úteis e que anteriormente não eram coletados;
- 2) a mesma aptidão para registrar novos elementos com a precisão e variedade necessária ao profundo conhecimento da pessoa privada;
- 3) a capacidade de guardar vestígios de um indivíduo em uma população numerosa e de grande mobilidade;
- 4) a perícia do usurpador na obtenção de informes já coligidos a respeito de particulares;
- 5) o engenho em detectar e interpretar informações particulares com os elementos disponíveis.²⁰⁴

O combate a esse tipo de ação, os ladrões informáticos, apresenta grandes dificuldades técnicas, mesmo porque não necessariamente se descobrirá o furto, eis que, não existem evidências materiais.

Cabe perfeitamente o alerta da UNESCO: "As realizações da revolução científica constituem grave ameaça potencial à vida privada. O peri-

202 Art. 43. Matérias referentes a programas de computador e documentação técnica associada (<software>) (vetado) e aos direitos relativos à privacidade, como direitos da personalidade, por sua abrangência, serão objeto de leis específicas, a serem aprovadas pelo Congresso Nacional.

203 BITTAR, Op. cit., p. 138.

204 FERNANDES, Op. cit. p. 224.

go é tanto mais aterrador quanto a pessoa interessada não dispõe de nenhum meio de saber nem que informações são reunidas a seu respeito nem o uso que dela se faz.”²⁰⁵

Não há como evitar o acúmulo de informações, e assim é porque na nossa engrenagem social multiplicam-se as necessidades de informações para a tomada de decisões. Entre, por exemplo, contratar ou não, necessitaria a informação sobre com quem se contrata.

Segundo Dotti, O Dr. Alan F. Westi, professor de Direito Público da Universidade de Colúmbia, acredita que a erosão da privacidade

... vem da quebra de um compromisso entre a pessoa e a organização a quem, voluntariamente, cede as informações sobre a sua vida. Na complexa sociedade em que vivemos, divulgamos detalhes sobre nossas vidas para uma determinada finalidade. Se alguém dá informações a uma organização para determinada fim, está geralmente implícito que as informações não serão fornecidas a outrem sem permissão. Isto não passa de ilusão.²⁰⁶

Evidentemente, a prática tem demonstrado que é ilusão acreditar-se na conservação das informações, a indústria dos indiscretos prospera como nunca. E a informática propicia um meio eficiente, rápido e barato para o comércio de uma grande massa de informações.

O presidente do Grupo de Especialistas em Matéria Jurídica da Sociedade Britânica de Computadores, G.B.F. Niblett, comenta que a melhor maneira de se compreender a revolução em curso nas aplicações do computador é explicá-la em função de três elementos que constituem as características essenciais da tecnologia em marcha:

- a) representação digital das informações antes de aceitas e tratadas pelo computador;
- b) memória de massa, que significa redução substancial do custo do armazenamento e do tempo de acesso aos dados;
- c) sistemas de linhas de acesso múltiplo, realizados por comunicação direta entre o processador central e a equipe periférica.

Acrescenta que o crescimento da onda de informações resultantes do uso dos computadores ameaça a possibilidade de cada pessoa conter o furto de informações a seu respeito, em outras palavras, a vida privada do indivíduo está comprometida.²⁰⁷

205 FERNANDES, Op.cit. p. 200.

206 Apud. DOTTI, Op. cit., p. 178.

207 FERNANDES, Op. cit., p. 224.

Este comprometimento está, também, ligado a voluntariedade com que se cede a informação pessoal.

Para a grande maioria da população é impossível viver à margem do sistema financeiro. Existe quase uma obrigatoriedade em se manter um contrato de conta corrente com algum banco. Receber salários, benefícios previdenciários, outras rendas, fazer aplicações, efetuar pagamento, etc. A necessidade nos obriga a ceder uma gama de informações pessoais, rendimentos, bens, amizades e relacionamentos comerciais. Não existe a opção não ceder informações. Pode-se vislumbrar, analogicamente, a figura do vício negocial da lesão qualificada, mencionada por Caio Mario da Silva Pereira e incluída por este jurista no Anteprojeto de Código de Obrigações, nos artigos 62/64, ainda mais, nos caso de desvio de finalidade da informação coletada. Definido o citado instituto, assim manifesta-se o renomado Professor: “Segundo a noção corrente, que o nosso direito adotou, a lesão qualificada ocorre quando o agente, premidido pela necessidade, induzido pela inexperiência ou conduzido pela leviandade, realiza negócio jurídico que proporciona à outra parte um lucro patrimonial desarrazoado ou exorbitante da normalidade.”²⁰⁸

A. Formas de intromissão na vida privada

A criação de inúmeros bancos de dados, as possibilidades de arquivamento em massa de informações, de seu cruzamento, do intercâmbio não autorizado pelo interessado, a modificação dos fins dos bancos de dados existentes, o furto de informações, criaram um novo tipo de violação da vida privada, diverso dos tradicionais, ligados, principalmente, à imprensa. Um tipo de violação, como já foi dito, muito mais insidioso e temível, porque a vítima normalmente não fica ciente do ataque sofrido. Abranches afirma: “Por outro lado, a ausência de meios adequados de controle desses bancos de dados e seus eventuais abusos, gera na coletividade uma consciência de desequilíbrio entre o poder do Estado e o das grandes organizações de informação, ainda que privadas, e o direito de cada pessoa ao respeito de sua vida privada.”²⁰⁹

Na tentativa de propiciar um melhor controle, criando-se me-

²⁰⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol I. 6ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1982.p. 468 (grifo nosso).

²⁰⁹ ABRANCHES, Op.cit.

canismos jurídicos adequados à defesa da vida privada, a doutrina tem se esforçado em classificar os meios de intromissão, ligados ou não à informática, para estabelecer, então, os instrumentos mais perfeitos de controle desses abusos.

“A determinação do modo como a vida privada pode ser invadida ... é fundamental ao entendimento do exato significado da privacidade e explica, ainda, a relevância que o novo direito está assumindo em razão dos avanços da técnica. Esta é que vem fornecendo multiformes processos de atentado.”²¹⁰

Relembremos apenas alguns estudos de sistematização pela classificação, compilados pelo mestre Milton Fernandes:

R. V. Jones, professor de física da Universidade de Aberdeen, em relatório intitulado "A Vida Privada Posta em Perigo", dividiu-os em dispositivos mecânicos, térmicos, ópticos e acústicos. Baseando-se, depois, em A. F. Westin, classifica o arsenal empregado para penetração na vida privada em quatro rubricas:

- 1) pressões exercidas sobre uma pessoa para fazê-la dizer a verdade;
- 2) testes de personalidade para recrutamento de pessoal;
- 3) registros de informações concernentes às pessoas nos bancos de dados;
- 4) ações exercidas sobre o subconsciente.²¹¹

Segundo o deão de Berkeley, a lei da intimidade compreende quatro espécies distintas de invasão ou quatro diferentes interesses da pessoa:

- 1) Intrusão na intimidade ou solidão do indivíduo, ou em seus assuntos particulares.
- 2) A divulgação ao público de fatos privados embaraçosos.
- 3) Publicidade que coloca a pessoa em falsa perspectiva perante o público.
- 4) Apropriação, em proveito do réu, do nome e da aparência do autor."(Willian L. Prosser).²¹²

Didier Ferrier divide o tema em elementos corporais e incorpórais ligados à vida privada. Entre os primeiros, que denomina a vida privada, asilo da pessoa, inclui a proteção contra os atentados sob forma de constrangimento e sob forma de investigações; nos segundos, a que chama vida privada, domínio reservado da personalidade, encerra os atentados sob forma de constrangimento e divulgação.²¹³

O próprio Milton Fernandes, elabora classificação dos meios de intrusão na vida privada, cedendo a necessidade de sistematização da maté-

²¹⁰ FERNANDES, Op. cit., p. 127.

²¹¹ ibidem, p. 201.

²¹² Apud. FERNANDES, Op. cit., p. 128.

²¹³ FERNANDES, Op. cit., p. 131.

ria, para posterior sugestão de legisferação.

As enumerações, ainda que muito pormenorizadas, correm o risco de inexatidão. De modo sintético e para fins jurídicos, os meios de coleta e uso da informação podem relacionar-se da seguinte forma:

- a) meios de captação audiovisual, constituídos pelos processos modernos e conhecidos de espionagem técnica;
- b) meios de comunicação social, formados pelo jornalismo impresso, radiofônicos, televisionado e suas degenerescências;
- c) meios coletivos coordenados, a que corresponde a computação eletrônica.²¹⁴

Genericamente, se analisarmos a questão sob a ótica do direito que está sendo violado, a lição de Traverso poderá indicar o caminho mais adequado para a legisferação dos meios de defesa: dividir o interesse vida privada em dois direitos. Primeiro o direito ao respeito à vida privada (*Diritto al rispetto della vita privata*) que consiste no direito de impedir que a atividade de terceiros proceda investigação em sua vida privada. O segundo, o direito a reserva (*diritto alla riservatezza*), consistente na possibilidade de impedir a divulgação de informações referentes à vida privada, mesmo que legitimamente conhecidas ou compiladas²¹⁵.

Entretanto, essa opinião é contestada por Edward J. Bloustein, que sustenta a unicidade do direito à vida privada, afirmando que as diferenças de forma de invasão não são significativas, pois constituem um dano único, um insulto à dignidade humana.²¹⁶

Pelo menos no que se refere à violação da vida privada pela informática, a lição de Traverso é de fundamental importância, vista como divisão das formas de intromissão, não como divisão do direito à vida privada permitindo que o jurista concentre suas atividade em dois sentidos, ou seja: primeiro, regule a forma de acesso aos bancos de dado e estabeleça quais as informações passíveis de armazenamento, além de punição para ingerências não autorizadas no sistema (furto de informações); no segundo item, permite criar a obrigação de manutenção da informação dentro dos limites para o qual foi colhida, regular o cruzamento, venda e cessão de informações. Entretanto, o direito à vida privada permanece, em nossa visão, um único direito, que se decompõe em inúmeras facetas.

Especificamente sobre as formas de invasão da vida privada,

²¹⁴ Ibidem, Op. cit., p. 202.

²¹⁵ Apud. COSTA Jr., Op. cit., p. 26/27.

²¹⁶ Ver FERNANDES, Op. cit., p. 129.

pela informática, não se pode olvidar a lição do Desembargador paulista Dínio Santis Garcia, que de modo conciso e didático organiza os pontos que merecem atenção e defesa.

... são basicamente três os aspectos que devem ser levados em conta quando se fala de assegurar a privacidade de um cidadão:

- O primeiro é o receio de que um banco de dados, criado originariamente para um determinado fim (emitir carteira de identidade ou controlar cartões de crédito), evolua para assimilar outros dados que nós poderíamos chamar de personalíssimos: a convicção filosófica, religiosa, certos tipos de relações íntimas, e coisas deste tipo. Outro aspecto ligado a este é o caráter confidencial de um banco de dados. Quem poderia chegar a ele? Seriam só pessoas qualificadas para o uso correto ou qualquer pessoa? No Brasil, não existe nenhuma legislação sobre isso. Terceiro aspecto: essas informações são colocadas unilateralmente num banco de dados. A pessoa interessada muitas vezes nem sabe que elas estão lá, nem tem qualquer possibilidade de demonstrar que elas não correspondem a verdade, se for o caso.²¹⁷

B. Responsabilidade legal pela ingerência na vida privada

Fixadas as formas de intromissão na vida privada que exigiram uma resposta, ao direito garantido por nossa ordem legal, estabeleceram-se normas de proteção, tanto na esfera pública, como na privada,²¹⁸ (do Direito Constitucional, Penal e Civil) e a conseqüente sanção pela ingerência.

Os abusos cometidos contra o direito à vida privada, relacionados à informática, no que tange a investigação e divulgação de dados sensíveis, quando não impliquem dano moral, entretanto, permanecem criminalmente atípicos, ou seja, não foram incluídos na esfera de atuação do Direito Penal, não constituem delito.

Assim, resta a responsabilidade civil, como sanção à violação através da informática, considerada forma ideal de responsabilidade pela doutrina.

Orlando Gomes, no texto Responsabilidade Civil na Informá-

²¹⁷ MIRANDA, Vera Lúcia. O olho oficial: intruso e sem controle. *Jornal da Tarde*. 14 de março de 1981.

²¹⁸ Ver Cap. I.3.

tica, baseado na obra "Computers e Responsabilit  Civille" de Donato Busnelli, sustenta a existência de três tipos de responsabilidade civil:

- 1 ) uma responsabilidade por defeito ou estrago do computador;
- 2 ) uma responsabilidade por erro na elaboração, realização e execução do programa;
- 3 ) uma responsabilidade por uso ilícito dos elaboradores do programa, com referência particular aos dados pessoais ou reservados.²¹⁹

Como podemos observar, na primeira hipótese e na primeira parte da segunda, que tratam respectivamente de responsabilidade por defeito de máquina (hardware) e de defeito de programa (software), encontramos questões de responsabilidade contratual, afetos ao direito do consumidor, daquele que adquiriu o computador ou o programa defeituoso, m teria não ligada ao objeto deste trabalho. Nos demais casos, ingressamos na área em que podemos relacionar a responsabilidade civil   vida privada, responsabilidade esta tida por aquiliana ou extracontratual, pelo civilista:

  aquiliana, por fim, essa responsabilidade nos dois subgrupos da segunda hipótese, isto é, "quando consiste na inserção de um dado errado em programa reto e exato, ou um dado correto num programa errado", ou quando o erro prejudica a pessoa na sua integridade física ou na sua saúde. Este subgrupo, acena-se com a possibilidade de enquadrar a responsabilidade os donos do computador como um caso de responsabilidade pelo exercício de atividade perigosa, "resolvendo-se o problema com uma solução intermediária entre a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva".

Por último, também é de responsabilidade extracontratual a hipótese de uso do computador para a elaboração de dados pessoais errôneos, considerado um ato ilícito, se for praticado intencionalmente.²²⁰

Entretanto, nenhuma das hipóteses levantadas abrange a questão da responsabilidade pela coleta, armazenagem e divulgação de dados sensíveis verdadeiros, fato que também pode constituir violação ao direito subjetivo   vida privada, portanto, motivador de obrigação ressarcitória por dano.

Quando da publicação do artigo "The Right to privacy", de Warren-Brandeis, no ano de 1890, na Harvard Law Review (trabalho que pela primeira vez estabeleceu os limites do direito à vida privada), já reconheceu a responsabilidade civil, como sucedâneo do direito invocado, nas seguintes bases:

²¹⁹ GOMES, Orlando. Responsabilidade Civil na Informática. *Revista Forense*. Vol. 298: p. 3-6. Abr/jun. Rio de Janeiro. 1987.p. 4.

²²⁰ Ibidem, p.4.

- 1) O direito à privacidade não impede qualquer publicação da matéria que seja de interesse público ou geral;
- 2) O direito de estar só não proíbe a comunicação de qualquer tema, mesmo de natureza particular, quando é feita sob circunstância que o tornaria imune de ataque, de acordo com a lei;
- 3) A lei provavelmente não ofereceria qualquer meio contra a invasão da intimidade pela divulgação oral, na ausência de dano especial;²²¹
- 4) Cessa o direito à vida privada com a publicação dos fatos pelo interessado ou com seu consentimento;
- 5) A verdade da alegação "exceptio veritatis" não serve de defesa; e
- 6) A ausência de malícia do editor não o ajuda.²²²

Segundo os ensinamentos de Warren-Brandeis, a hipótese de coleta, armazenagem e de divulgação de dados sensíveis verdadeiros estaria acobertada pela responsabilidade civil, já que inaceitável a exceção da verdade ou a ausência de dolo, como excludentes. Caracterizada a responsabilidade na modalidade culposa.

Entretanto, como o direito à vida privada está limitado por outros interesses,²²³ a responsabilidade também está limitada e excluída em alguns casos, mesmo por que, existem necessidades individuais e sociais que implicam cadastro de informações pessoais, como relata Sundfeld.

Isto poderia levar a que o constituinte resolvesse proibir a manipulação de informações de caráter pessoal. "Seria a solução mais fácil. Não se pode manipular informações de caráter pessoal". Claro, seria uma disposição absurda, porque muitas informações de caráter pessoal são necessárias à efetivação de direitos e mesmo à conclusão útil de negócios. Todos sabemos que a uma execução judicial, freqüentemente, necessita de uma requisição de informações pessoais. Os bens do devedor podem ser descobertos através de declarações de renda fornecidas pelo Secretário da Receita Federal. É um tipo de informação que vale ao exercício e a efetivação de um direito, que é o direito ao crédito. O direito à pensão alimentícia pode ser discutido com base numa informação que é prestada pelo empregador daquele que vai pagar a pensão, logo, ter essa informação é necessário à realização do direito do alimentando.²²⁴

221 A exclusão da divulgação oral deve ser entendida no tempo em que foi formulada, 1890, bem antes da implementação dos meios de comunicação de massa, tais como o rádio e a televisão. A primeira emissora de rádio iniciou seu funcionamento no ano de 1917, na cidade de Nova York, 27 anos após a publicação de "The Right to Privacy".

222 FERNANDES, Op cit., p. 24.

223 Ver Cap. I.7.

224 SUNDFELD, Op. cit.

Warren e Brandeis estabeleceram essas limitações face ao interesse público ou geral e a outras circunstâncias legais, bem como ao caso de consentimento do interessado.

Outro trabalho que merece destaque, pela elaboração de listagens de circunstâncias excludente de responsabilidade face manipulação e divulgação de informações de caráter pessoal, é o de Alexandre Lyon, formulado para apresentação de projeto de proteção ao direito à vida privada, ao parlamento Inglês, que não logrou aprovação, conforme menciona Dotti:

Merecem transcrição as cinco hipóteses de exclusão pessoal de responsabilidade por "justa causa", circunstâncias das quais se poderá servir o autor da ingerência para fazer valer o seu direito. Se o responsável não infringiu conscientemente a intimidade; se a infração era razoavelmente necessária para "comentar honradamente" um assunto de justificado interesse público no qual o reclamante, sua família ou sua propriedade estavam diretamente implicados, desde que a interferência consista em qualquer divulgação escrita, falada ou visual através de discursos, periódicos, livros ou difusão por televisão ou rádio; se a infração era razoavelmente necessária para a gestão de negócios, profissão ou outra ocupação do acusado e este não sabia e nem tinha como saber que o reclamante se oporia; se o reclamante, explicitamente, ou pelas atitudes assumidas, consentiu na interferência; e, finalmente, se o acusado estava agindo de acordo com a autoridade a ele conferida por disposição legal ou por qualquer outra regulamentação da lei.²²⁵

Da análise da proposta de Alexandre Lyon devemos excluir a hipótese de irresponsabilidade pela lesão provocada por comentário na imprensa, que se afasta do objeto do nosso trabalho e por não se aplicar ao dano provocado na utilização da informática, pois, a admissão de arquivamento de opiniões e comentários em bancos de dados é negada terminantemente pela doutrina, pelos sérios danos que pode causar. Apenas fatos devem ser objeto de registro.²²⁶

Qualquer banco de dados, seja público ou privado, deve registrar apenas fatos, segundo o desembargador Dinio Garcia. Nunca opiniões, conclusões ou suspeitas: - Apenas o fato e não a interpretação que se possa fazer sobre ele, como por exemplo: fulano de tal é amigo de um comunista, logo é comunista. Por que isso?²²⁷

225 DOTTI, Op. cit., p. 190.

226 Deve-se anotar que a Lei nº 5.250/67 (Lei de Impersa) ao fixar a responsabilidade civil emergente da liberdade de manifestação do pensamento e de informação, no artigo 49, parágrafo 1º, já previa fórmula parecida com a proposta por Alexandre Lyon, determinando responsabilidade pela divulgação de fato verdadeiro que " diz respeito à vida privada do ofendido se a divulgação não foi motivada em razão de interesse público".

227 MIRANDA, V. L. Op. cit.

Merece, também, alguma consideração, a exclusão de responsabilidade pela inconsciência da infração. Principalmente no que tange a divulgação involuntária de bancos de dados de natureza pessoal. Podemos vislumbrar hipóteses ligadas a imperícia ou negligência do profissional, que pode, por culpa, liberar arquivos numa rede, por exemplo.

Assim, a consciência de infração deve ser mitigada, para admitir-se a culpa, em sua modalidade menos severa, que a culpa consciente.

Finalmente, a questão que tem chamado a atenção dos juristas é a da exclusão de responsabilidade pelo consentimento.

Pontes de Miranda, ao tratar das limitações sofridas pelo direito de velar à intimidade, no seu modo de designar, primeiramente estabelece a limitação por interesse prevalente, para então tratar da questão do consentimento.

Todos têm o direito de manter-se em reserva, de velar a sua intimidade, de não deixar que se lhes devasse a vida privada, de fechar o seu lar à curiosidade pública; todavia, esse direito sofre limitações. a) Se A tomou parte em acontecimentos que se passaram na sua intimidade, ou outrem foi o agente, havendo interesse de maior relevância na revelação dessa intimidade, até certo ponto, ou b) se A mesmo consentiu em que se desvelasse essa intimidade, - o seu direito não existe. Não existe, porque todo o direito é efeito de fato jurídico; todo fato jurídico supõe suporte fático. No suporte fático está o elemento "intimidade"; se A consentiu em que se lhe devassasse a vida privada, a intimidade deixou de existir: o consentimento atuou como pré-excludente.²²⁸

Outras opiniões que merecem ser adotadas são as de Milton Fernandes e Paulo José da Costa Jr.:

Consentimento do interessado. O interessado pode deixar de exercer o direito. Um ato que seria ilícito se praticado contra a vontade daquele cuja intimidade está em jogo, torna-se perfeitamente jurídico quando obtida sua anuência. Este poder decisório encontra naturalmente a barreira da lei, dos bons costumes e da ordem pública. Não ultrapassada esta, o querer é soberano.

(...)

Abandono não presumível (...) em matéria de intimidade (...) é vital a função do consentimento. Oscar M. Rueb Hausen e Orville G. Brim Jr. afirmam mesmo que a essência da vida privada é a decisão do indivíduo de revelar-se ou esconder-se e sobre quando o fará.²²⁹

O consentimento, haverá que ser fornecido para um fim determinado.

228 MIRANDA, P. Op. cit., p. 125.

229 FERNANDES, Op. cit., p. 118/119.

E não poderá vir a ser utilizado, pelas pessoas às quais tenha sido dado, além das limitações exatas em que for expresso.

Evidentemente, poderá o consentimento ser tácito, e não expresso. Em tal caso, será deduzido do comportamento daquele que tiver a disponibilidade do direito. Com a necessária prudência, porém, dever-se-á fazer a "interpretatio voluntatis".

(...)

Entretanto, o consentimento para que terceiros penetrem na intimidade de determinada pessoa, não se estende para que se opere ulterior divulgação das particularidades conquistadas naquele convívio. Isto porque, como já ficou demonstrado, a intimidade poderá vir a ser lesada em dois momentos distintos ... embora tenha sido o *extraneus* autorizado a ingressar na intimidade alheia, não corresponda à confiança nele depositada e propale, num momento ulterior, aquilo de que venha a ter conhecimento, ao privar lícitamente daquele convívio.²³⁰

230 COSTA Jr., Op. cit., p. 45/47.

3. Dificuldades de Controle dos Bancos de Dados

O ser humano é caracterizado por diversas atitudes que definem sua personalidade. Entre elas está a necessidade de uma vida privada, que nos leva ao recolhimento e ao afastamento do convívio social em alguns momentos, assim como as características inversas, que levam ao gregarismo em outros momentos.²³¹ Entretanto, existe outra força psíquica a nos impulsionar; esta força é a curiosidade.²³² O dito popular afirma que "a curiosidade é a mãe da ciência", por que é a curiosidade que leva à investigação. Esta característica da personalidade, tão presente no nosso cotidiano, foi diferenciada por Nicola Abbagnano, que diz de seus traços característicos: "Distingue-a um contínuo e sempre renascente desejo de ver, nada tem em comum com a maravilha de quem inicia a pesquisa, nem o estupor de quem não compreende. É assinalada pelo não deter-se sobre o mundo ambiente e pela dispersão de possibilidades sempre novas, pelo que nunca está quieta."²³³

Esta mesma curiosidade que se revela no convívio social, e que é limitada por regras de comportamento e etiqueta, eficazes em relação às pessoas mais discretas, mas nem tanto em relação às mais afoitas, se revela no mundo da informática.

As pessoas que trabalham ou tem acesso aos bancos de dados, também estão sujeitas aos reclamos da curiosidade, aspecto da personalidade humana que não pode ser eliminado ou esquecido.

231 Ver Cap. I.2.

232 "Curiosidade (do lat. Curiositate) S.F. ...2. Desejo de ver, saber, informar-se, desvendar, alcançar, etc; interesse: A matéria deste jornal satisfaz a curiosidade dos leitores. 3. Desejo de apreender, conhecer, investigar determinados assuntos; interesse: Quem, por curiosidade, quiser conhecer a Campanha de Canudos, deve ler Os Sertões de Euclides da Cunha. 4. Desejo irreprimível de conhecer os segredos os negócios alheios, bisbilhotice, indiscrição" FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 1ª ed. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1975. p. 412. Verbete.(grifo nosso).

233 ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bozi. São Paulo, Mestre Jou, 1982. p. 213.

A partir deste fato surge uma série de perguntas quanto ao acesso indiscriminado de pessoas aos bancos de dados, principalmente porque não há como impedir o arquivamento de grande quantidade de dados sensíveis necessários às atividades socialmente organizadas, mas que nem por isso deixam de se constituir em informações cuja divulgação pode implicar ofensa ao direito à vida privada.

E então pergunta-se: qual o tipo de qualificação profissional e qual a responsabilidade profissional do operador de um sistema de banco de dados? Que tipo de controle de veracidade das informações pode ser implantado? Que tipo de controle de mau funcionamento do sistema existe? Como garantir o não desvio de finalidade dos bancos de dados? E, por quanto tempo as informações podem ser utilizadas?

Evidentemente, essas questões de segurança ou controle dos bancos de dados não serão solucionadas integralmente. A teoria do risco zero, proposta na utilização da energia nuclear, já demonstrou não funcionar. Conviver com o risco faz parte do viver na atualidade. Mas o minimizar o risco também. Nessa dualidade podemos explicar o motivo pelo qual fabricamos automóveis a cada dia mais velozes e potentes e a cada dia instalamos mais sinaleiras, radares e obstáculos tendentes a diminuir a velocidade imprimida pelos motoristas em seus veículos.

A mesma dualidade deveremos aplicar à informática.

A limitação do acesso ao sistema, a certo número de pessoas, previamente identificadas, é uma das mais comuns recomendações para o controle de bancos de dados. As sugestões de segurança iniciam pela delimitação do espaço físico onde deverão ser instalados os terminais até a proteção eletrônica, por chaves criptográficas. Entretanto, a confiança nestes métodos de controle já viveu seus dias de glória. Atualmente não são consideradas suficientes, pois o desenvolvimento da teleinformática e dos sistemas de redes que, pode-se dizer, atravessam paredes, as barreiras físicas deixaram de existir. As técnicas criptográficas, por sua vez, cedem ao desejo do intruso mais persistente, que pode criar programa relativamente simples de identificação da sequência de bits que compõem o criptograma.

Anotemos algumas opiniões:

Entendem os experts que é possível, por meios estritamente técnicos controlar o acesso aos bancos, a fim de impedir a introdução de dados inautênticos, bem como a alteração dos registros já armazenados, e, também, afim de limitar a utilização da informação.

(...)

Sem salvaguardas técnicas, argumentam os experts, ladrões eletrônicos poderiam subtrair dados, talvez até mesmo instalando seus próprios terminais. As possibilidades de chantagem, então, seriam consideráveis.²³⁴

Do ponto de vista estritamente técnico há "chaves de proteção" para todos os programas de computadores. São códigos e não equipamentos que garantem esse sigilo. Mas são raras as empresas ou bancos que utilizam este rigorosamente essas "chaves de proteção". Assim, a violação de informações confidenciais é um risco permanente, só a confiança na honestidade dos homens ainda garante o sigilo de folhas de pagamento, de saldos bancários ou de bancos de dados.²³⁵

A segurança dos dados pode ser assegurada pela proteção física de terminais (chaves, áreas especiais), distribuição dos equipamentos e pela existência de sistema de proteção da memória, já parte das características técnicas dos equipamentos.

Os programas operacionais do sistema deverão incluir controles internos que impeçam a destruição, falsificação, apropriação e manipulação dos dados graças às técnicas que assegurem a integridade e a validade dos dados; ou ainda, pelo controle dos múltiplos usuários e seu acesso aos programas e ao banco de dados. A segurança das informações, por sua vez, pode ser estabelecida com a introdução de técnicas que permitem o controle de quem usa as informações; do nível de informação que pode ser recuperada por cada usuário; das funções que são permitidas para cada usuário; e também, por codificações, graças às técnicas criptográficas que limitam o número de pessoas com possibilidade de verificar informações individuais de paciente.²³⁶

Assim, a doutrina insiste na necessidade de identificação de toda a pessoa que teve acesso ao sistema, para futuro rastreamento da origem da informação que se veicula. Isto se aplica tanto para a inclusão de dados novos no sistema, quanto para a consulta de dados já existentes.

... mais uma sugestão - registro obrigatório de toda consulta e de toda a resposta: - Se amanhã eu me dirijo a um banco de dados para obter informações sobre uma pessoa - exemplifica o desembargador -, que fique registrado o meu pedido de informação e a resposta que eu recebi. porque, se eu usar essa informação de forma que prejudique a pessoa em questão, haverá sempre um meio de rastrear a origem dessa informação.²³⁷

Esta matéria não totalmente regulamentada encontra-se definida entre os princípios básicos da política nacional de informática, artigo 2º,

234 NEWTON, Op. cit.

235 SIQUEIRA, Op. últ. cit.

236 RODRIGUES, Op. cit.

237 MIRANDA, V. L. Op. cit.

inciso VIII, da lei nº 7.232/84.

Essa questão deságua, evidentemente, em questões ligadas ao bom funcionamento do sistema. Se o sistema não funcionar sem falhas, as possibilidades de destruição, defeitos de programas e erros operados eletronicamente se multiplicam. A perda de dados, ou sua modificação, pela entrada de vírus no sistema é fato que provoca alerta da imprensa em nível internacional, pois suas conseqüências podem ser desastrosas se atingirem programas de controle de atividades perigosas. Igualmente danosa pode ser a entrada de vírus que embaralhe dados, num sistema que archive dados de natureza pessoal ou sensível. Imaginemos o sistema DataPrev, por exemplo: terminais espalhados em todo o país; um sem número de pessoas com ingresso autorizado; a entrada de um vírus poderia determinar a perda de informações ou seu embaralhamento. Assim, poderiam ser cancelados milhares de benefícios. Frequentemente noticia-se fraude contra o sistema previdenciário, como o pagamento pela realização de cirurgias impossíveis (cesarianas em homens). Essas fraudes poderiam perfeitamente ser elaboradas apenas eletronicamente, pelos "novos sacerdotes do poder da informação - programadores, operadores e analistas-" no dizer do ex-deputado federal Faria Lima - que "poderão intencionalmente ou por falha circunstancial, alterar os registros de cada cidadão, manipulando-os aos interesses momentâneos."²³⁸

Observemos a opinião de Goldenberg:

É difícil controlar satisfatoriamente todos os desvios possíveis, mesmo porque a idéia de que os computadores não erram nunca é cercada de mitos; na prática existe grande quantidade de erros operados eletronicamente ou por falha humana: a quantidade crescente de técnicos capazes de operar e manipular computadores (alguns dos quais pouco qualificados) é também parte do problema da segurança dos dados. Computadores são fáceis de manusear e prejuízos podem ser causados ou por enganos e erros de ordem técnica ou propositadamente; fraudes e chantagens podem ser realizadas, como por exemplo, retirar um cruzeiro de contas bancárias e depositá-lo na conta do operador, bem como depósitos não autorizados no open market, como já ocorreu nos Estados Unidos.²³⁹

Vejamos as exigências de qualificação profissional dos trabalhadores da informática. Os programas são elaborados de forma a facilitar a utilização pelo usuário, permitindo que a grande gama de população leiga em informática, sem maiores estudos, manipule e integrem-se ao sistema. Estas facilidades, interagindo no plano econômico, determinam uma disputa entre a qua-

²³⁸ SIQUEIRA, Op. úl. cit.

²³⁹ GOLDEMBERG, José. Informática e Privacidade. *O Estado de São Paulo*. 29 de junho de 1982.

lificação profissional e o salário que o empresário pretende dispende. Nem sempre a qualificação do profissional vence a batalha. A economia com mão-de-obra pode determinar que a empresa opte pelo funcionário com menor qualificação. Assim, urge definir claramente as responsabilidades técnicas e éticas dos profissionais da informática.

Aqui torna-se importante definir claramente as responsabilidades do pessoal técnico e dos usuários em relação à proteção física e à segurança do sistema. As obrigações de cada pessoa na eventualidade de situações críticas e de emergência devem ser bem entendidas, principalmente em relação à manutenção de duplicatas de arquivos e sua proteção em áreas especiais a prova de fogo, água, roubo ou destruição intencional. A organização das equipes em "compartimentos fechados" limita o número de indivíduos com acesso a todo o sistema. É importante manter viva a necessidade de segurança através de reuniões regulares, divisão da responsabilidade, ou então controle duplo de funções altamente sensíveis no caso de divisão da responsabilidade não ser possível. A organização do centro de processamento de dados deve levar em consideração a necessidade absoluta de controle dos indivíduos que entram no centro. As áreas de alto nível de segurança (computador, sistema de alimentação de força, ventilação, arquivos, fitoteca) deverão ser rigorosamente observadas. É excelente norma reduzir ao máximo o número de pessoas em posição de confiança e reduzir a quantidade de confiança depositada em cada pessoa.

(...)

O fator crucial para a realização dessa meta é sem dúvida a integridade pessoal dos indivíduos em contato com o sistema; estes indivíduos deverão ser periodicamente avaliados sob o ponto de vista ético e educados e motivados a manterem os preceitos éticos básicos da relação médico-paciente.²⁴⁰

Entretanto, nenhuma destas garantias técnicas²⁴¹ trás a certeza de que a informação originariamente arquivada é verdadeira. Este controle da veracidade das informações só poderá ser feito pela abertura do sistema ao olhar do sujeito de quem se fala. Daquele a quem se referem os dados.

As sugestões vão ainda mais longe, no sentido de dar ao cidadão o direito inclusive de contestar o que está registrado, de indagar as fontes de onde procedeu a informação e de saber quando e para quem foi ela veiculada.²⁴²

A inidoneidade da coleta, porque marginalizada a pessoa sobre a qual

240 RÓDRIGUES, Op. cit.

241 No atual estágio da informática, com o desenvolvimento de redes, principalmente as que independe processamento central, como no caso da internet, todas essas propostas de controle tornam-se inócuas. Os centros de processamento de dados estão em vias de extinção, o que torna o problema do controle da veracidade da informação ainda mais crucial.

242 NEWTON, Op. cit.

incide a informação de alguns de seus atributos, pode ensejar, ainda, uso abusivo ou distorcido deste dado. Daí por que é importante o estabelecimento de regras específicas a respeito.²⁴³

A próxima sugestão do desembargador é a mesma feita por todas as pessoas preocupadas com a garantia da privacidade do cidadão: a possibilidade de controle, por parte dos interessados, dos dados que constam a seu respeito em qualquer banco de dados. Possibilidade de corrigir alguma informação errada, talvez até recorrendo ao Judiciário, se for preciso.²⁴⁴

Neste sentido, é relevante rememorar a Lei nº 7.232/84, que determina, no seu artigo 2º, inciso IX, como princípio básico da política nacional de informática, o estabelecimento de mecanismos e instrumentos para assegurar a todo cidadão o direito ao acesso e à retificação de informações sobre ele existentes em bases de dados públicas ou privadas.²⁴⁵

Outra questão que dificulta o controle dos bancos de dados, e que preocupa a doutrina, é a possibilidade de alteração dos desígnios e objetivos da entidade que controla o banco de dados.

Nas bases de dados, públicas ou privadas, são coletadas informações, muitas vezes de caráter sensível, que objetivam dar suporte às decisões tomadas pelas entidades que as possuem. Entretanto, como alerta Milton Fernandes: "Entende Colin Tapper não ser axiomático que as informações colhidas com determinado propósito não pudessem endereçar-se a outra. A intimidade, no entanto, deve ser bem preservada nesta transferência."²⁴⁶

Esse controle, para garantia do respeito ao direito a vida privada, necessariamente deverá ser realizado por agente externo ao órgão ou entidade que muda de objetivos.

Finalmente, a questão que tem polemizado a doutrina é a interação dos bancos de dados com o direito ao esquecimento.

A jornalista Vera Lúcia Miranda, no ano de 1981, já noticiava a questão:

Finalmente um ponto que segundo o desembargador (Dinlio Garcia), precisa ser bastante pensado e discutido: o cancelamento, ou pelo menos a inibição, de dados antigos, coisas que acabaram sendo superadas pela vida posterior da pessoa. Pequenas faltas cometidas na juventude que, às vezes, acompanham a pessoa pelo

243 SILVA FILHO, Arthur Marques da. "Habeas Data" Remédio heróico ou inócuo. *Revista dos Tribunais*. Vol. 649: p. 220-229. São Paulo. nov. 1989p. 221.

244 MIRANDA, V. L. Op. cit.

245 Ver Cap. II.2.

246 FERNANDES, Op. cit., p. 227.

resto da vida. Convem deixar tudo isso na memória de um computador?²⁴⁷

Como a supressão pura e simples da informação pelo apagamento de determinados dados da memória levanta polêmica pela inviabilização da pesquisa ou investigação histórico-científica, a doutrina tende a indicar como solução mais adequada a "blocagem" de dados que ficariam fora do alcance geral.²⁴⁸

Mas a garantia da eficácia dessa "blocagem" está permeada pelos mesmos problemas existentes quanto à garantia de sigilo das informações pela adoção de chaves eletrônicas baseadas em criptogramas.

Assim, também, a real aplicação da "blocagem", a partir de determinado lapso temporal, pelas entidades proprietárias das bases de dados, deverá sofrer algum tipo de fiscalização externa garantidora de cumprimento das determinações legais.

Como se observa, são inúmeras as questões técnicas, jurídicas e de eficácia dos sistemas de controle adotados que dificultam uma efetiva garantia do direito à vida privada frente ao acúmulo de informações em bancos de dados. Devendo-se, de toda maneira, levar-se em conta que estes controles devem sofrer limitações.

Parece não haver qualquer dúvida quanto à necessidade de controle dos dados. A questão está em fazê-lo de tal forma que não se reduza o ritmo de progresso da ciência nem as vantagens que esta pode proporcionar à espécie humana.²⁴⁹

Particularmente nas áreas biomédicas e sociológicas, a aplicação muito estrita de regulamentos visando à proteção da privacidade, poderão inibir consideravelmente a pesquisa na área, já que nem sempre é possível obter consentimento individual para disseminação de certas informações ou assegurar confidencialidade de dados pessoais.

(...)

Insuficiente ou excessiva proteção deverão ser evitadas, o equilíbrio entre os métodos utilizados na proteção do banco de dados e os riscos devendo ser analisados criticamente para cada situação.²⁵⁰

O equilíbrio entre o direito à vida privada e o acúmulo de informações em bancos de dados tem sido buscado em diversos países, pela edição de legislação específica e, tem sido objeto de proposições doutrinárias diversas.

247 MIRANDA, V. L. Op. cit.

248 Ver DOTTI, Op. cit. p. 259. e Cap. I.7.B.

249 FERNANDES, Op. cit. p. 226.

250 RODRIGUES, Op. cit.

4. Controle dos Bancos de Dados

Não é de hoje que doutrinadores, associações profissionais e parlamentos preocupam-se com o eficiente controle dos bancos de dados.

De forma genérica, podemos ressaltar essa preocupação sintetizando-a nas recomendações expressas nos sete itens, a seguir: a limitação do número de bancos de dados existentes pela criação de registro obrigatório; a criação de órgãos de controle específicos; o estabelecimento de limites sobre a qualidade das informações coletadas ou compiladas; a exigência de autorização do interessado para o compilamento e nova autorização para divulgação a órgãos que não tenham os mesmos objetivos que o órgão compilador originário; o livre acesso do interessado aos registros próprios; a eliminação de informações desatualizadas ou contestadas, cuja veracidade não se pode aferir; e a limitação à circulação de informações compiladas, pela responsabilização funcional dos operadores dos bancos de dados.

Anotemos algumas destas recomendações formuladas pela doutrina:

A reunião e arquivamento das informações devem fazer-se em obediência às leis que assegurem as seguintes garantias: enumeração limitativa dos informes que podem ser coletados; obrigatoriedade de revelação, ao interessado, dos elementos colhidos a seu respeito e da correções dos erros provocados; possibilidade de modificação sempre que se alterasse a situação de fato.²⁵¹

Antonio Truxol Serra e Ramón Villanueva Etcheverría enunciam os seguintes princípios para eficiente tutela da vida privada:

1) em vista do dano irreparável que pode sofrer um indivíduo pela utilização e/ou publicidade indevidas de informes de sua intimidade, é necessário que a proteção se exerça preferencialmente de modo preventivo e não apenas repressivo.

2) O sistema protetor deve referir-se tanto aos bancos de dados da administração pública, quanto de entidades privadas, cuja importância tende a crescer.

3) O segredo profissional deve ser a norma para todo o pessoal de informática e seus limites e sanções em caso de violação objeto de lei especial. Só a ele deve ser assegurado o conhecimentos dos dados.

251 FERNANDES, Op. cit. p. 227.

4) Toda pessoa deve ter o direito de conhecer os registros a ela pertinentes - *habeas scriptum* - e de exigir a modificação ou supressão de informes inexatos.

5) Qualquer sistema nacional só atingirá eficácia plena se for completado por uma convenção internacional.²⁵²

Tendo em vista os múltiplos problemas éticos criados com a introdução das inovações tecnológicas na manipulação de informações, a Associação Médica Mundial na 27ª Assembléia Mundial de outubro de 1973 resolveu:

a) chamar a atenção para os grandes avanços resultantes do uso do processamento eletrônico de dados em áreas de saúde, especialmente na área de cuidados clínicos diretos e em epidemiologia.

b) pedir que as associações médicas nacionais tomem todos os passos necessários para garantir a confidencialidade de informações (segredo médico).

c) pedir que sejam rejeitados todos os atos legislativos que eventualmente venham permitir que atividades de processamento de dados interfiram com o direito do paciente ao segredo médico.

d) exprimir a decidida opinião de que bancos de dados médicos deverão somente ser utilizados pelos profissionais de saúde e que não deverão ser interligados a outros bancos de dados não-médicos.

e) iniciar estudos e documentações sobre os métodos legais e técnicos de proteção à natureza confidencial dos dados médicos arquivados em bancos de dados eletrônicos.²⁵³

O VI Seminário de Coordenação e Processamento de Dados, recentemente realizado em São Paulo, recomendou uma legislação de proteção às informações de caráter privado e o direito de corrigir tais informações. Essas recomendações foram enviadas à presidência da República, Ministério das Comunicações, Câmara dos Deputados e Senado. São as seguintes:

Considerando: O vertiginoso desenvolvimento da informática em nosso País e a conseqüente criação de bancos de dados contendo informações pessoais dos cidadãos brasileiros;

o risco a que estão sujeitos os valores maiores da nossa sociedade em virtude de uma eventual má utilização das informações pessoais contidas nesses arquivos;

a importância de desenvolver no País uma mentalidade que reconheça o direito do cidadão às suas informações pessoais;

a inexistência no país de legislação específica adequada;

a proposta de criação de um número único de identificação para as pessoas físicas, o famoso e malfadado Renape, recomenda:

1. A adoção pelo País de legislação de proteção às informações de caráter pessoal, que garanta ao cidadão:

a) o direito de conhecer e corrigir as informações pessoais suas, conti-

252 Apud FERNANDES, Op. cit., p. 228.

253 RODRIGUES, Op. cit.

das nos sistemas de informações;

b) contabilidade do sistema e segurança contra uma eventual má utilização dessas informações;

c) o seu consentimento toda vez que suas informações vierem a ser utilizadas para fins diversos daqueles para os quais foram inicialmente definidos;

d) proteção contra a interligação de sistemas de informações contendo dados pessoais ou sua veiculação externa ao País;

e) o controle da disseminação e funcionamento dos arquivos que contenham dados pessoais.

2. Que o Capre desenvolva um código de ética sobre informática que contenha esse tema.

3. Que se abandonem os estudos visando “a adoção do número único de identificação para os brasileiros.”²⁵⁴

Além das idéias e propostas que se podem extrair no curso deste trabalho, merecem destaque as seguintes conclusões:

Primeira: Todo ser humano deve ter assegurado o direito de desfrutar livremente a intimidade da vida privada.

Segunda: A vida privada é um bem juridicamente indispensável ao pleno desenvolvimento da personalidade. A sua proteção deverá efetivar-se através de preceitos constitucionais expressos e de legislação ordinária abrangendo as esferas de Direito Civil, Penal e Administrativo.

Terceira: As leis de processo devem excluir os meios de prova que caracterizam abusiva intromissão na vida privada.

Quarta: A informática e as conquistas da ciência e da tecnologia devem visar à realização de bem comum e a satisfação dos direitos e das garantias individuais.

Quinta: A utilização da informática deve merecer disciplina constitucional, observando-se os seguintes princípios:

1º - Não poderão ser colhidas ou tratadas as informações referentes a convicções políticas e filosóficas, credo religioso e intimidade da vida privada.

2º - A proibição de sistemas de informação pessoal de existência secreta. Os dados somente poderão ser colhidos em regime de autorização legal e utilizados segundo os fins a que se destinam.

3º - A proibição de colheita de informações mediante coação ou fraude.

4º - O direito de acesso aos registros de caráter pessoal, existentes em bancos de dados públicos ou particulares, bem como o direito de retificação e supressão.

5º - O impedimento da atribuição de um número ou registro nacional único das pessoas naturais.²⁵⁵

²⁵⁴ TENÓRIO JÚNIOR, Euclides. Combatendo o Big Brother. *BANAS*. Vol. 25(nº 1185): p.25-27. set. 1978. p. 27.

²⁵⁵ DOTTI, René Ariel. A Liberdade e o Direito à Intimidade. *Revista de Informação legislativa*. Vol. 17 (n. 66): p. 125-152. Abr/jun. 1980.p. 149/150.

Torna-se necessário, para sua configuração, uma classificação dos bancos de dados e a necessária autorização administrativa e inscrição em um registro público. Alguns pontos são significativos: exigência da veracidade da informação manejada; normas referentes à caducidade da informação; possibilidade de intervenção para verificar o cumprimento das normas anteriores; regulação do fluxo de dados a nível nacional e internacional, com as limitações que a ordem pública e a segurança dos cidadãos exigem.²⁵⁶

Finalizando, observemos no Direito Comparado vigente, a forma pela qual a preocupação com a defesa da vida privada positivou-se.

A Lei Federal de Proteção dos Dados (BDSG), de 27 de janeiro de 1977, da República da Alemanha²⁵⁷ abrange a atividade informática tanto no setor público (arts. 7 à 21), como no privado, para uso próprio (arts. 22 à 30) ou para terceiros (arts. 31 à 40):

Art. 1 — Finalidade da lei e objeto da proteção de dados.

1. A presente lei tem como objetivo proteger os dados de identificação pessoal contra todo emprego abusivo no âmbito de sua memorização, transmissão modificação e supressão (tratamento de dados), e assim, se opor a qualquer atentado aos interesses legítimos das pessoas envolvidas.

2. A presente lei protege os dados de identificação pessoal, mesmo sendo memorizados em fichas, modificados, suprimidos ou transmitidos de fichários:

1. por autoridades ou outras instâncias públicas (art. 7);
2. por pessoas físicas ou jurídicas de sociedades ou outras associações de pessoas de direito privado por sua própria conta (art. 22);
3. por pessoa física ou jurídica de sociedade ou outras associações de pessoas de direito privado por conta de terceiros no âmbito comercial (art. 31) (...).

Cria um órgão especial para o controle dos dados, chamado Delegado Federal responsável pela proteção dos dados (Bundesbeauftragter für den Datenschutz).

Art. 19 — Tarefas do delegado federal responsável pela proteção de dados

1. O delegado federal responsável pela proteção dos dados vela por que as disposições da presente lei ou de outras disposições referentes à proteção de dados sejam respeitadas pelas autoridade e outras instâncias públicas do Bund citadas no art. 7, § 1. com exceção dos tribunais, uma vez que não intervêm em ques-

²⁵⁶ BARACHO, Op. cit., p.3.

²⁵⁷ — Lei Federal de Proteção dos Dados — Alemanha — *Revista Forense*. Vol. 272: p. 423-431. Rio de Janeiro. 1980.

tões administrativas. A este respeito, ele pode fazer recomendações para melhorar a proteção de dados e, particularmente, aconselhar o governo federal e os diferentes ministérios, assim como as outras autoridades e instâncias citadas no art. 7, §1, em todas as questões referentes à proteção dos dados.

2. A pedido do Bundestag ou do governo federal, ele deve estabelecer relatórios periciais e prestação de contas. Também, cada ano, e pela primeira vez em 1.1.1979, submeterá ao Bundestag um relatório de atividade. A pedido do Bundestag, do comitê de petição ao Bundestag (Petitionsausschuss) ou do governo federal, o delegado federal pode também ocupar-se de assuntos e acontecimentos que entram diretamente no seu âmbito de competência. Pode dirigir-se em qualquer momento ao Bundestag (...).

Art. 21 — Recurso ao Delegado federal responsável pela proteção dos dados

Quem quer que se considere ter sido lesado nos seus direitos em virtude do tratamento de dados de identificação pessoas a seu respeito, pelas autoridades ou outras instâncias públicas federais citadas no art. 7. §1, com exceção dos tribunais, já que não intervêm em questões administrativas, pode recorrer ao delegado federal responsável pela proteção de dados.

Estipula tipologia de dados que podem ser arquivados e transmitidos de um banco de dados para outro, no setor privado.

Art. 24. — Transmissão de dados

1. a transmissão de dados de identificação pessoal é autorizada no quadro dos objetivos de uma relação contratual ou de confiança quase-contratual com a pessoa envolvida ou na medida em que esta mesma transmissão é indispensável à salvaguarda de interesses legítimos da instância divulgadora, de terceiros ou da coletividade e sob a condição de que não lese os interesses legítimos da pessoa envolvida.

Os dados de identificação pessoal sujeitos a um segredo profissional ou a um segredo de funções particular (art. 45, 2ª frase, ponto 1, 3ª frase) que tenham sido transmitidas pela pessoa que prometeu discrição no exercício de sua profissão ou de suas funções, não podem mais ser transmitidos pelo destinatários.

2. em derrogação ao §1, a transmissão de dados agrupados em listas ou de alguma outra maneira e referentes aos membros de um grupo, é autorizada, sob a condição de que se limite a:

1. nome e sobrenome;
2. títulos, graus acadêmicos;
3. data de nascimento;
4. profissão, designação do ramo de atividade ou designação comercial;
5. endereço;
6. número do telefone e não dê lugar a pensar que pode lesar os interesses legítimos da pessoa envolvida. Além dos citados na frase anterior, não podem ser transmitidos outros dados para indicar a filiação da pessoa envolvida a um grupo de pessoas.

Impõe a necessidade de autorização da pessoa a quem se referem os dados, para seu compilamento, divulgação ou transmissão a terceiros.

Art. 3 — Autorização do tratamento de dados

O tratamento de dados de identificação pessoal protegidos pela presente lei só é autorizado para cada fase citada no art. 1, §1, nos casos seguintes:

1. Se o dito tratamento é autorizado pela presente lei ou outra disposição legislativa;
2. se a pessoa envolvida deu seu consentimento para tal. A autorização deve ser outorgada por escrito, salvo se conveniente de outra forma, por circunstâncias particulares; se a autorização é outorgada, acompanhada por outra declaração por escrito, a pessoa envolvida deve ser expressamente avisada do fato.

Art. 9 — Memorização ou modificação dos dados

1. A memorização e modificação de dados de identificação pessoal são autorizados, quando assim o exija a execução conforme a lei de tarefas referentes à competência da instância memorizadora.
2. Se os dados são reunidos a respeito de uma pessoa, em virtude de uma disposição legislativa, esta pessoa deve ser avisada dessa disposição ou do caráter facultativo dessas informações.

Art. 26 — Comunicação de dados à pessoa envolvida

1. Se os dados sobre a pessoa envolvida são memorizados pela primeira vez, esta deve ser avisada do fato, salvo se já tomou conhecimento da memorização por outras vias.
2. A pessoa envolvida pode solicitar informações sobre os dados memorizados ao seu respeito. Se os dados estão submetidos a um tratamento automático, ela pode igualmente solicitar informações sobre as pessoas e instâncias às quais esses dados são regularmente transmitidos. Ela deve especificar com detalhes a natureza dos dados de identificação pessoal sobre os quais devem ser comunicadas essas mesmas informações. Estas são comunicadas por escrito, a menos que uma outra forma de comunicação seja conveniente, por força de circunstâncias particulares (...)

Art. 34 — Comunicação de informações de dados à pessoa identificada.

1. Se os dados memorizados referentes à pessoa identificada são transmitidos pela primeira vez, a dita pessoa deve ser informada da memorização, salvo se ela já foi informada por outra via. O que precede não se aplica às transmissões, segundo o art. 32, §3 (...)

Garante o livre acesso da pessoa aos próprios registros.

Art. 4 — Direitos da pessoa envolvida

Em virtude da presente lei, toda pessoa envolvida tem o direito:

1. de obter informações a respeito dos dados memorizados que lhe concernem;

2. de obter a correção dos dados memorizados que lhe concernem, quando são inexatos;

3. de obter o bloqueio de dados memorizados que lhe concernem, quando é impossível provar a sua exatidão ou inexatidão ou quando as condições iniciais de memorização não sejam mais preenchidas.

Dispõe sobre o ônus da prova da veracidade das informações memorizadas e regula o destino de informações desatualizadas ou inúteis.

Art. 14 — Correção, bloqueio e supressão de dados

1. Os dados de identificação pessoal devem ser corrigidos quando inexatos.

2. Os dados de identificação pessoal devem ser bloqueados, quando a sua exatidão é contestada pela pessoa envolvida e quando é impossível provar a sua exatidão ou a sua inexatidão. São igualmente bloqueados, quando o seu conhecimento não é mais indispensável à instância memorizadora, com os fins de execução, conforme a lei das tarefas de sua competência. Os dados bloqueados são acompanhados de uma indicação nesse sentido; não devem mais ser tratados, transmitidos ou utilizados, de nenhuma forma, a menos que a sua utilização seja necessária com fins científicos, visando a superar dificuldades de prova ou por qualquer outra razão ligada ao interesse predominante da instância memorizadora ou de terceiro ou, ainda, se a pessoa envolvida autorizar essa mesma utilização.

3. Os dados de identificação pessoal podem ser suprimidos quando seu conhecimento não é mais indispensável à instância memorizadora com os fins de execução conforme a lei das tarefas de sua competência e quando a supressão desses mesmos dados não prejudique os interesses legítimos da pessoa envolvida. São suprimidos quando se comprova que a sua memorização era irregular ou quando a pessoa envolvida o solicita, nos casos citados no parágrafo 2, 2ª frase.

Art. 35 — Correção, bloqueio e supressão de dados

1. Os dados de identificação pessoal devem ser corrigidos quando inexatos.

2. Os dados de identificação pessoal são bloqueados se a sua exatidão é posta em dúvida pela pessoa identificada ou no caso de ser impossível provar a sua exatidão ou inexatidão. São também bloqueados, ao termo do quinto ano cível seguinte à sua memorização. As disposições referentes ao processo e as consequências do direito de bloqueio previstas no art. 14, §2, 3ª frase, aplicam-se por analogia.

3. Os dados de identificação pessoal podem ser suprimidos sempre que não afete os interesses legítimos da pessoa identificada. Suprimem-se, se se constata que a sua memorização era irregular ou quando a pessoa concernida o exige nos casos previstos no parágrafo 2, 2ª frase.

Os dados sobre as condições de saúde, os delitos, as infrações assim como as opiniões religiosas ou políticas devem ser suprimidos se a sua exatidão não pode ser comprovada pela instância memorizadora.

Cria dever profissional de segredo aos profissionais de informática.

Art. 5 — Segredo

1. É proibido às pessoas encarregadas do tratamento de dados, enquadradas no art. 1, §2, ou por conta de pessoas ou instâncias citadas neste artigo, tratar, divulgar, fazer acessíveis ou utilizar de qualquer outra forma, sem autorização, os dados de identificação pessoal protegidos com outros fins que os enquadrados para a execução de tarefas legais.

2. No momento de sua entrada em função, estas pessoas devem comprometer-se a respeitar o segredo, conforme o §1 e são obrigadas a manter este compromisso mesmo após a cessação de sua atividade.

Lei nº 78-12, de 6 de janeiro de 1978 - França - Relativa à informática, aos fichários e às liberdades.²⁵⁸

Art. 1º — A informática deve estar a serviço de todos os cidadãos. Seu desenvolvimento deve efetuar-se no âmbito da cooperação internacional. Não deve prejudicar a identidade humana, os direitos do homem, a vida privada, nem as liberdades individuais ou públicas.

Essa lei, criou na França, a Comissão Nacional de Informática e das Liberdades.

Art. 6º — É criada uma comissão nacional da informática e das liberdades. A comissão é encarregada de velar pelo respeito das disposições da presente lei, notadamente informando todas as pessoas abrangidas a respeito de seus direitos e obrigações, entrando em acordo com elas e controlando as aplicações da informática aos processamentos de informações nominativas. Para esse efeito, a comissão dispõe de poder regulamentar nos casos previstos pela presente lei.

Encarregou a citada Comissão de autorizar, através de declaração a criação de Bancos de Dados.

Art. 15 — Exceptuados os casos em que seja necessária autorização legal, os processamentos automáticos de informações nominativas operados por conta do Estado, de um estabelecimento público ou de uma coletividade territorial, ou de uma pessoa moral de direito privado que administre serviço público, são decididos por um ato regulamentar tomado após parecer motivado da Comissão Nacional da Informática e das Liberdades.

Se o parecer da Comissão for desfavorável, ele não pode ser contornado, salvo por um decreto baseado em parecer favorável do Conselho de Estado ou, em se tratando de uma coletividade territorial, por força de uma decisão de seu ór-

²⁵⁸ — Lei nº 78-12, de 6 de janeiro de 1978 — França — Relativa à informática, aos fichários e às liberdades. *Revista Forense*. Vol. 272:p. 431-435. Rio de Janeiro. 1980.

gão deliberativo, aprovada por decreto com parecer favorável do Conselho de Estado.

Se, no termo do prazo de dois meses, renovável uma única vez por decisão do presidente, o parecer da Comissão não for notificado, ele é considerado favorável.

Art. 16 — Os processamentos automatizados de informações nominativas efetuados por conta de pessoas não submetidas às disposições do artigo 15 devem, previamente ser objeto de uma declaração junto à Comissão Nacional da Informática e das Liberdades.

Proíbe o tratamento de dados sensíveis.

Art. 31 — É proibido inscrever ou conservar em memória informatizada, salvo acordo expresso do interessado, dados nominativos que, direta ou indiretamente, evidenciem as origens raciais ou as opiniões políticas, filosóficas ou religiosas ou as filiações sindicais das pessoas (...)

Estabelece normas quanto as informações que devem ser prestadas aos cadastrados.

Art. 27 — As pessoas junto das quais são recolhidas as informações nominativas devem ser informadas:

- do caráter obrigatório ou facultativo das respostas;
- das consequências para elas de recusa de resposta;
- das pessoas físicas ou morais destinatárias das informações;
- da existência de um direito de acesso e de retificação.

Quando essas informações são recolhidas por meio de questionários, estes devem mencionar essas prescrições.

Essas disposições não se aplicam à coleta de informações necessárias para a comprovação das infrações.

Criou o direito de livre acesso do cadastrado.

Art. 3º — Qualquer pessoa tem o direito de conhecer e contestar as informações e raciocínios utilizados nos processamentos automáticos cujos resultados lhe sejam contrários.

Art. 34 — Qualquer pessoa que se identifique tem o direito de consultar os serviços ou organismos encarregados de efetuar processamento automatizados cuja lista seja acessível ao público, em aplicação do artigo 22, acima, com vista a saber se esses processamentos incidem sobre informações nominativas que lhe digam respeito e, sendo esse o caso, de ser informada delas.

Estipula a responsabilidade civil pela criação dos bancos de dados.

Art. 29 — Qualquer pessoa que encomende ou efetue um processamento de informações nominativas, por essa forma se compromete, perante as pessoas envolvidas, a providenciar todas as precauções úteis a preservar a segurança das informações e designadamente a impedir que elas sejam deformadas, prejudicadas ou comunicadas a terceiros não autorizados.

Ordena o ônus da prova da veracidade das informações e o destino das informações desatualizadas.

Art. 28 — Salvo disposição legislativa em contrário, as informações não devem ser conservadas sob forma nominativa para além da duração prevista no requerimento ou parecer ou na declaração, a menos que sua conservação seja autorizada pela Comissão.

Art. 36 — O titular do direito de acesso pode exigir que sejam retificadas, completadas, esclarecidas, atualizadas ou suprimidas as informações a ele relativas e que sejam inexatas, incompletas, equivocadas, superadas ou cuja coleta, ou utilização, comunicação ou conservação seja proibida.

Se o interessado o pede, o serviço ou organismo competente deve entregar sem despesas cópia do registro modificado.

Em caso de contestação, o ônus da prova incumbe ao serviço junto ao qual se exerce o direito de acesso, salvo quando se estabelece que as informações contestadas foram comunicadas pela pessoa em causa ou com seu acordo (...)

Em 2 de junho de 1977, o Canadá promulgou o "Human Right Act",²⁵⁹ que reconheceu o direito à vida privada e normatiza a matéria.

Art. 52. (1) Em aplicação do princípio enunciado na alínea 2b), segundo o qual os indivíduos têm direito à vida privada e têm direito a acesso aos registros que contêm informações pessoais que lhe dizem respeito, para todas as finalidades, principalmente para assegurar que eles são completos e que as informações neles contidas são exatas e compatíveis ao máximo com o interesse público, fica decretado que todo indivíduo tem o direito de:

a) saber que registros, lhe dizendo respeito, utilizados para fins administrativos, figuram nos bancos de dados federais, identificados de acordo com o parágrafo 51 (1);

b) verificar o uso desses registros desde a entrada em vigor da presente parte;

c) examinar esses registros, ou uma cópia, seja qual for a proporção das informações que ele próprio forneceu;

d) solicitar a correção dos registros que, na sua opinião, contêm erros;

e

e) exigir que seja indicado em todo registro a ausência das correções

²⁵⁹ — Lei Canadense Sobre os Direitos das Pessoas (Human Right Act. 02 de julho de 1977). Versão publicada pela revista Dados e Idéias, nº 4. Fev/mar, 1978. p. 35.

solicitadas.

(...)

Para facilitar o conhecimento dos cidadãos canadenses do número de bancos de dados em atividade e seu conteúdo, a lei determina a publicação de um cadastro anual.

Art. 51.(1) O ministro designado deve, pelo menos uma vez por ano, publicar um catálogo que contenha, para cada banco de dados, o nome ou indicações que permitam identificar esse banco, o gênero de registros que aí figuram, os usos conexos a que esses registros sevirão, bem como outras informações prescritas por regulamento.

(2) O ministro designado pode agir de modo que o catálogo referido no parágrafo (1) possa ser consultado em todo o Canadá de acordo com o princípio segundo o qual cada indivíduo tem o direito de normalmente tomar conhecimento do seu conteúdo.

Estabelece, ainda, a obrigação de consulta, no caso de desvio de finalidade da informação registrada.

Art. 52. (...)

(2) A utilização não permitida em direito, para fins administrativos não conexos, de informações pessoais que um indivíduo forneceu a uma instituição governamental com uma finalidade precisa deve ser autorizada pelo próprio, após consulta prévia.

(3) Todo indivíduo prevenido por notificação escrita da intenção de utilizar para determinados fins informações que se situam sob o parágrafo (2) é considerado como tendo sido consultado e tendo autorizado essa utilização a menos que se tenha a isso oposto por nota escrita, remetida de acordo com as modalidades e no prazo prescrito que a primeira notificação determinava.

(4) Todo indivíduo privado de um direito previsto no parágrafo (1), por motivo do o parágrafo (1) ou de suas disposições não se aplicarem nas circunstâncias, segundo aplicação de uma disposição do artigo 54 ou 55, deve ser notificado por escrito, pelo ministro competente, da disposição em virtude da qual ele será privado desse direito.

E, cria a figura do comissário para a proteção da vida particular.

Art.58 (1) O comissário para a proteção da vida particular procede a uma investigação e apresenta relatório, contra recibo, de toda a queixa que emane de indivíduo que invoque o não respeito dos direitos que a presente parte lhes confere sobre as informações pessoais que lhe dizem respeito e figuram nos bancos federais de dados.(...)

A Constituição Portuguesa estabelece o direito do livre aces-

so, a proibição do cadastramento de dados sensíveis e restrições à circulação da informação.

Art. 35. (Utilização Da Informática)

1. Todos os cidadãos têm direito de tomar conhecimento do que constar de registros informáticos a seu respeito e do fim a que se destinam as informações, podendo exigir a rectificação dos dados e a sua actualização.

2. São proibidos o acesso de terceiros a ficheiros com dados pessoais e a respectiva interconexão, bem como os fluxos de dados transfronteiras, salvo casos excepcionais previstos em lei.

3. a informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa ou vida privada, salvo quando se trate de processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis.

4. a lei define o conceito de dados pessoais para efeitos de registro informático.

5. É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos.

A Constituição Sueca, no Capítulo 2º, artigo 3º, proíbe o registro de dados sensíveis.

Capítulo 2. Art. 3º nenhuma anotação em registro público, referente ao cidadão, pode, sem o seu consentimento, fundamentar-se, exclusivamente, em sua opinião política.

CAPÍTULO III - O HABEAS DATA

1 Histórico do Instituto e Significado do Termo

A história dos direitos humanos e de suas garantias retrata uma luta incessante contra todas as formas de opressão: social, econômica, racial, religiosa, cultural e política.²⁶¹

Com a assinatura da Magna Carta pelo Príncipe João, cognominado "Sem Terra", na Inglaterra, do ano de 1215, iniciou-se um novo período na história do direito, pode-se afirmar, tão importante para a delimitação das liberdades públicas quanto foi a Revolução Francesa. Estabeleceram-se as primeiras garantias do indivíduo contra o Estado, dentre elas, a inviolabilidade

²⁶¹ MARINHO, Josaphat. Dos Direitos Humanos e suas Garantias. *As Tendências Atuais do Direito Público*. Estudos em homenagem ao Prof. Afonso Arinos de Melo Franco. Rio de Janeiro, Forense, 1976. p. 161.

de domicílio, que por muito tempo foi eficiente medida garantidora da vida privada. Em 1679, cria-se o Habeas Corpus Act, primeira ação constitucional para garantir uma liberdade pública, a liberdade de locomoção.

Entretanto, mudou a sociedade e mudaram, também, de lá para cá, as ameaças às liberdades. Juntamente com a evolução social, evoluíram o direito e a tecnologia. Firmou-se a doutrina do direito à vida privada que aos poucos foi acolhida pelo direito positivo e pelos tribunais. Cresceram, as ameaças e as formas de violação dos direitos humanos.

Em dado momento, a garantia do habeas corpus deixou de ser suficiente para garantir a liberdade de homem. Não basta sua liberdade corpórea, se sua identidade está deturpada. Se as informações que seguem o homem no convívio social, como a sombra segue o caminhante ao sol, não lhe garantem a normalidade das relações jurídicas, não lhe bastará a liberdade corpórea, pois, em nossa sociedade existem outros tipos de grilhões. Neste contexto revela-se a exatidão da afirmação de Fronsini:

No marco da civilização tecnológica, o "direito à vida privada" se apresenta como uma nova forma de liberdade pessoal, que já não é mais a liberdade negativa de recusar ou proibir a utilização de informações sobre a própria pessoa, mas se converteu na liberdade positiva de exercer um direito de controle sobre os dados concernentes a própria pessoa, que já tenham saído da esfera da intimidade para converter-se em elemento de um arquivo eletrônico público ou privado. Esta é a "liberdade informática"; ou seja, o direito de autotutela da própria identidade informática; ou seja, o direito de controlar (conhecer, corrigir, eliminar ou agregar) os dados pessoais inscritos na memória de um programa eletrônico.

O cidadão tem o direito de dispor livremente dos próprios dados pessoais, salvo os limites e as obrigações previstos pela lei, assim como tem direito de dispor livremente do próprio corpo (em confronto com o clássico princípio do Habeas Corpus Act de 1679), e do próprio pensamento em suas distintas formas de expressão; pois, se alguém detém abusivamente e utiliza a seu arbítrio os dados concernentes a um cidadão (que podem também ser de natureza sensível, como aqueles sobre suas condições físicas ou psíquicas), exerce, em realidade, sobre este um po-

der baseado na informação.²⁶²

Este novo tipo de liberdade, pelo qual se luta atualmente, a liberdade informática, foi traduzido por Firmín Morales Prats, no Livro "La Tutela Penal de la Intimidad. Privacy e Informática. (Barcelona, Destino, 1984), na expressão habeas data.²⁶³

O Habeas Data de Firmín Morales Prats mantém identidade com os reclamos de Vittorio Fronsini, como podemos auferir:

Esse autor identifica habeas data com liberdade de informática, daí falar-se em "vulneração de habeas data" e em ações delitivas que "destroem o pressuposto do habeas data dos particulares, o conhecimento veraz das informações depositadas no banco de dados". Habeas data, nesse caso, significa direito de intimidade contra usos indevidos de registros informáticos, e, assim, faculdades do habeas data compõem-se dos vários direitos específicos que integram o regime, como : o direito de acesso aos dados pessoais registrados, o direito de retificação desses dados, de sua atualização, de sua supressão etc. Habeas data, para o citado autor, se bem o interpretamos, quer dizer liberdade dos dados, direitos de ter os dados pessoais invulnerados.²⁶⁴

Tomando a expressão de Prats por empréstimo, José Afonso da Silva propôs à Comissão Provisória de Estudos Constitucionais - Comissão Afonso Arinos - a criação de um "Writ", de uma garantia constitucional à liber-

262 En el marco de la civilización tecnológica, el "derecho a la privacidad" se presenta como una nueva forma de libertad personal, que ya no es más la libertad negativa de rehusar o prohibir la utilización de informaciones sobre la propia persona, pero se convirtió en la libertad positiva de ejercer un derecho de control sobre los datos concierntes a la propia persona, que hayan ya salido de la esfera de la intimidad para convertirse en elementos de un archivo electrónico público o privado. Esta es la "libertad informática" que consiste en el deecho de autotutela de la propia identidad informática; o sea el derecho de controlar (conocer, corregir, quitar o agregar) los datos personales inscritos en las tarjetas de un programa electrónico.

El ciudadano tiene el derecho de disponer libremente de los propios datos personales, salvo los límites y las obligaciones previstos por la ley, así como tiene derecho de disponer libremente del propio cuerpo (em confromidad con el clásico principio des habeas Corpus Act de 1679), y del propio pensamiento en sus distintas formas de expresión; pues, si alguien detiene abusivamente utiliza a su arbitrio los datos concercientes a un ciudadano (que pueden también ser de naturaleza delicada, como aquellos sobre sus condiciones físicas o psíquicas), ejerce, en realidad, sobre éste un poder basado en la información.FROSSINI, Op. cit., p. 24.

263 Ver SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989. p. 391.

264 SILVA, José Afonso da. *Mandado de Injunção e Habeas Data*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989. p.56.

dade informática, que denominou *habeas data*, modificando o sentido dado à expressão originalmente.

Sensível a necessidade de garantias contra os novos grilhões sociais, parcela da doutrina aplaudiu a iniciativa, tendo outros entendido que o instituto não passava de um mandado de segurança nominado.²⁶⁵

Na era eletrônica, em que o homem está despersonalizado, em que é identificável, em qualquer uma de suas atividades ou nos negócios jurídicos, por um número, e não pelo seu nome; em que já está se tornando realidade a identificação da voz humana para "inteligência artificial" de sofisticadíssimos computadores, possibilitada pelo grampeamento de telefones ou com a colocação de minúsculos microfones embutidos em qualquer objeto; em que a informática pode controlar a pessoa em todas as suas atividades e em que os dados armazenados na memória dos mais modernos computadores podem ser centralizados em um banco central, não há dúvida de ser o *habeas data* meio eficaz para a proteção do cidadão, seja em sua privacidade, seja protegendo a liberdade de pensamento e suas manifestações, suas convicções religiosas, políticas ou filosóficas, bem como eficaz instrumento de defesa dos direitos fundamentais, cujo exercício pode encontrar obstáculos criados pelos dados, sigilosamente arquivados em sofisticados computadores; principalmente se criado o registro ou banco central de dados, com o fornecimento de informações reservadas a órgãos governamentais ou a terceiros, prejudicando injustamente a pessoa em sua vida profissional, em sua atividade empresarial e até em sua segurança, sem, ter, nessa hipótese, direito de defesa. O *Habeas Data* é, assim, a defesa do cidadão que faltava, completando o *habeas corpus* e o mandado de segurança.²⁶⁶

Inicialmente, a proposta formulada pelo Prof. José Afonso da Silva e aceita pela comissão Afonso Arinos previa dois institutos:

O *habeas scriptum*, de direito material, que estava estampado no artigo 17 do anteprojeto dos notáveis e criava o direito de acesso e de retificação aos dados.

Art. 17 — Direito de acesso aos registros informáticos

1. Toda pessoa tem direito de acesso aos informes a seu respeito registrados por entidades públicas ou particulares, podendo exigir a retificação de dados e a sua atualização.

²⁶⁵ dentre eles Saulo Ramos. "Com efeito, o que é o *habeas-data*, senão o mandado de segurança, descaracterizado em sua designação jurídico-formal, como específica função de tutela? (...) É, pois, o mandado de segurança nominado, isto é, quando o mandado de segurança versar sobre informações constantes de registros ou bancos de dados, passa a chamar-se *habeas-data*." (v. RAMOS, Saulo. Consultoria Geral de República (Parecer SR 71, de 6 de outubro de 1988.). *Diário Oficial da União*. 11 de outubro de 1988. p. 19810.). No mesmo sentido: SANCHES, Sidney. Inovações Processuais na Constituição Federal. *Revista Forense*. Vol 304: p.215-223. out/dez. Rio de Janeiro. 1988.

²⁶⁶ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Habeas Data*. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*. Vol.4: p. 49-50. jan/jun. Curitiba. 1989 p. 49.

2. É vedado o acesso de terceiros a esses registros.
3. Os informes não poderão ser utilizados para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa ou vida privada, salvo quando se tratar do processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis.
4. Lei federal definirá quem pode manter registros informáticos, os respectivos fins e conteúdos.

E o habeas data, a garantia, a ação que se destinava a tutelar o direito do habeas scriptum, previsto no art. 48 do mesmo anteprojeto.

Art. 48 — Dar-se-á Habeas data ao legítimo interessado para assegurar os direitos tutelados no art. 17.

Proposta semelhante, porém sem a nominação de habeas data, é encontrada no parágrafo único do art. 34 do Projeto "Muda Brasil", coordenado pelo Prof. Fábio Konder Comparato, que previa o direito de "tomar conhecimento do que constar a seu respeito nos registros oficiais, ainda que policiais ou militares e de exigir a retificação de dados incorretos ou inverídicos."

No Projeto de Constituição (A), da Comissão de Sistematização, de dezembro de 1987, contava o seguinte texto:

Artigo 6º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

(...)

§52. Conceder-se-á habeas data:

I - para assegurar ao brasileiro o conhecimento de informações e referências à sua pessoa, pertencente a registros ou bancos de dados de entidades particulares, públicas ou de caráter oficial, bem como dos fins a que se destinam;

II - para a retificação de dados, em não se preferindo fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

Pode-se observar ilogicidade no texto proposto, já que o "caput" do artigo sustentava igualdade formal perante a lei, e o parágrafo 52 criava distinção entre brasileiros e estrangeiros.

Entretanto, a proposta era mais abrangente quanto à titularidade passiva da ação de habeas data, incluindo os registros e bancos de dados privados e possibilitando a estipulação da finalidade do registro ou do banco de dados. Esta última, se mantida, traria grande facilidade na definição do conteúdo passível de ser arquivado em cada banco de dados. O respeito à finalidade do banco de dados é fator limitador do que seja informação ou dado sensível à vida privada, na conjugação dos interesses representados pela segurança e pela memória histórica.

Entretanto, votada em primeiro turno, o Projeto de Constituição foi alterado, assim dispondo o Projeto (B), de julho de 1988, que foi submetido a apreciação do Congresso Nacional em segundo turno:

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, assegurada aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXXIII - Conceder-se-á "habeas data" a brasileiro:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas a sua pessoa, constante de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, em não preferindo fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

Já se observam restrições feitas pelos constituintes, que retiraram do polo passivo as entidades particulares, bem como tornaram implícita a discussão da finalidade dos registros ou bancos de dados.

Em votação final, o Plenário da Assembleia Nacional Constituinte seguindo o entendimento do relator, outorgou o direito ao conhecimento de dados pessoais e de retificá-los, apenas como objeto da garantia do habeas data. Não fixou o direito material de forma autônoma como proposto pela Comissão Afonso Arinos. Entretanto, como garante o direito à intimidade e à vida privada, no art. 5º, X, não podemos afirmar que é uma ação sem direito. Eliminou a distinção entre nacionais e estrangeiros e restringiu, a garantia ao acesso a bancos de dados públicos e de caráter público, eliminando a expressão "entidades particulares". Dispõem o texto final:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, assegurada aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXXII -conceder-se-á habeas data:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constante de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

O Prof. José Afonso da Silva define o instituto criado na Constituição de 1988 e limita seus objetivos, da seguinte forma:

O habeas data é, portanto, um remédio Constitucional, com natureza

de ação judicial civil, que tem por objetivo proteger a esfera íntima dos indivíduos contra: a) uso abusivo de registros de dados pessoais coletados por meios fraudulentos, desleais ou ilícitos; b) introdução nesses registros de dados sensíveis (assim chamados os de origem racial, opinião política, filosófica ou religiosa, filiação partidária e sindical, orientação sexual etc.); c) conservação de dados falsos ou com fins diversos dos autorizados em lei.²⁶⁷

²⁶⁷ SILVA, Op. cit., p.58.

2 Estrutura do Instituto

Hodiernamente, as condições gerais do mandado de segurança (direito líquido e certo e atos ilegais ou abusivos de autoridade demonstrados de plano), configuravam amarras a empecer a proteção eficiente aos direitos defluentes da personalidade. Era preciso existir um instrumento processual mais singular que o mandado de segurança, para evitar-se que o processo civilizatório atual destruísse de vez a condição de respeitabilidade da pessoa. Uma das formas matizadas pela nova Constituição, para comaltar essa lacuna imperdoável, foi a criação do habeas data. Um passo à frente, muito importante, dado pelo direito brasileiro, no longo e árduo caminho de defesa do homem contra as mais modernas formas de limitação dos direitos fundamentais.²⁶⁸

A criação do habeas data determinou grandes divergências de entendimento doutrinário, até ao ponto de afirmar-se a desnecessidade de criação do instituto, eis que é visto como um Mandado de Segurança com outro nome.

Entretanto, essas opiniões revelam uma análise apressada do habeas data. Seus objetivos e limites mostram-se bem mais amplos e caracterizam-se como grande avanço do nosso ordenamento jurídico, na defesa da personalidade humana, especificamente da vida privada.

Devemos considerar que o habeas data é um instituto que ainda não está perfeitamente definido, devendo receber, na medida da conscientização dos tribunais, para a ameaça que a tecnologia representa à vida privada, grande incremento, ampliando-se sua interpretação jurisprudencial.

Quanto a sua especificidade frente ao mandado de segurança, reproduzimos a lição de José Afonso da Silva:

²⁶⁸ MALERBI, Diva Prestes. *Perfil do Habeas Data*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989. p. 17.

Há quem pretenda que o habeas data seja uma forma de mandado de segurança, o que revela ignorância deste último especialmente e dos propósitos específicos do primeiro. O mandado de segurança protege direito líquido e certo, ou seja, direito reconhecível de plano, manifesto, e se dirige contra autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de função do Poder Público. O habeas data protege a incolumidade de dados pessoais, mediante o direito de conhecer informação e sobre eles constantes de registros e bancos de dados, não só de entidade caracteristicamente pública, como vimos, assim como o direito de retificá-los, se necessário, o que importa num processo de conhecimento mais complexo do que o do mandado de segurança. O mandado de segurança, na forma existente, não se prestaria a tutelar esse tipo de direito. Poder-se-ia até dar a ele igual objeto, mas então não seria mais o writ tão preciso e definido que conhecemos, mas no aspecto, um habeas data, na medida em que se lhe desse como objetivo a proteção de incolumidade dos dados pessoais do impetrante. Aí já o estaríamos deturpando.²⁶⁹

Toda inovação legislativa provoca polêmica doutrinária e jurisprudencial, algumas das quais permanecem por décadas, até que se forme uma corrente majoritária. Com o Habeas Data não poderia ser diferente, ainda mais que inexistente legislação processual específica para o instituto. Neste item do trabalho pretendemos colacionar os principais pontos polêmicos, fundamentando o entendimento que, ao nosso ver, é mais correto. Tal posicionamento leva em conta, como fundamento, o modo pelo qual se possibilita maior eficácia ao "writ". Não podemos admitir a obstacularização de garantia constitucional que defende o direito fundamental da vida privada, já tão ameaçado em nossos dias.

A. Condições da ação

As condições da ação são das primeiras perguntas que formula a doutrina na análise da ação habeas data, por serem os pré-requisitos de acesso ao judiciário. A legitimação, a capacidade de estar em juízo e o interesse processual formam o tripé que fundamenta qualquer ação.

A capacidade processual não apresenta diferenças em relação às demais ações, fixando-se da forma ordinariamente normatizada pelo Código Civil e de Processo Civil.

²⁶⁹ SILVA, Op. cit., p. 60.

O interesse processual, na ação de habeas data, está relacionada com o direito que a ação constitucional tutela, ou seja, o direito à vida privada.

Por sua natureza especial, traz algumas peculiaridades.

O direito à vida privada é direito ligado a psique humana.²⁷⁰ Portanto, não existe para as pessoas jurídicas, opinião que comungamos com René A. Dotti:

Mesmo em se admitindo que os entes coletivos são, em geral, sujeitos de direitos da personalidade como se vê em relação ao nome, à imagem e à reputação, o mesmo não sucede quanto ao aspecto da vida privada.

A intimidade, por constituir o núcleo da privacidade, é um "sentimento", um "estado de alma" que se projeta ao extremo com o fim de gozar a liberdade de amar, pensar, chorar, rir, orar, enfim, de viver a própria vida e de morrer a própria morte. É, portanto, manifestação do corpo, da mente e do espírito.

Por isso, não se pode imaginar que as pessoas jurídicas possam "fruir" da privacidade. Tal afirmativa conduziria a um contra-senso lógico pois um dos aspectos marcantes do ente coletivo é a publicidade da existência de seus atos.²⁷¹

O interesse em defender o direito à vida privada é aspecto integrante da personalidade do homem, no sentido psíquico,²⁷² não no sentido jurídico. Assim, o interesse processual fica limitado à pessoa humana.²⁷³

Diferenciam-se a legitimidade ativa e a legitimidade passiva para o habeas data.

A legitimidade ativa, frente as limitações regradas pelo interesse processual fica restrito à pessoa física. Não tem direito ao "writ" do habeas data, a pessoa jurídica. Essa limitação está inscrita no próprio texto constitucional, quando dita: "para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante", dentro do Capítulo dos Direitos e Garantias Individuais

²⁷⁰ Ver Cap. I.2.

²⁷¹ DOTTI, Op. cit., p. 95.

²⁷² Ver Cap. I.4.

²⁷³ Ver Cap. I.5.A.

e Coletivos.²⁷⁴

Esta posição é defendida por Ernesto José Pereira dos Reis, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins.

Só tem legitimidade ativa para exercer a ação de habeas data o indivíduo a respeito do qual versam as informações desejadas. Só a ele e a mais ninguém interessa a prestação de informações, ensina J.J. Calmon dos Passos, afirmando des-
caber substituição processual, por sindicato ou entidade de classe e a não transferên-
cia aos sucessores e mesmo ao cônjuge do impetrante no caso de falecimento no
curso da ação.²⁷⁵

O sujeito ativo há de ser a pessoa física. Não nos parece correta, com a
devida vênia, a tese dos que sustentam no nosso direito a possibilidade da utilização
do instituto pelas pessoas jurídicas, embora o Texto Constitucional fale simplesmen-
te em "pessoas", não nos parece que possa acolher também a jurídica.²⁷⁶

Entretanto, Hely Lopes Meirelles,²⁷⁷ Saulo Ramos²⁷⁸ e Hum-

274 Paulo Dourado de Gusmão apresenta singular opinião, pretendendo o alargamento de interpretação, que deve ser anotado, apesar de consideramos juridicamente ilógico, ao sustentar-se o habeas data como instrumento de defesa da vida privada." A nosso ver, tem direito ao habeas data somente a pessoa física. mas, em nossa época, em que a pessoa jurídica de ficção, como foi tida, tem atualmente mais importância, na ordem econômica, do que o homem, e em que em sua atividade social ou empresarial, pode ser prejudicada por dados arquivados nos bancos de dados ou em registros de dados, o constituinte deveria estender à pessoa jurídica o direito ao habeas data. Mas para que assim seja, o habeas data não pode constar do capítulo das garantias individuais." Op. cit., p. 50.

275 REIS, Ernesto José Pereira dos. Habeas Corpus - Habeas Data. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. vol. 83: p. 9-28. São Paulo.dez. 1990. p. 27.

276 BASTOS, Op.cit., p.363.

277 O legitimado para requerer habeas data é unicamente a pessoa física ou jurídica diretamente interessada nos registros mencionados no inciso LXXII, alíneas a e b, do art. 5º, da Constituição da República. MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, Ação popular, Ação Civil Pública, mandado de Injunção, "Habeas Data"*. 13º Ed. Atualizada pela constituição de 1988. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989. p. 150.

278 Podem figurar como sujeitos ativos da relação processual as pessoas, físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, investidas, ou não em se tratando das primeiras, dos atributos da cidadania (posse e gozo dos direitos políticos). RAMOS, Op. cit.

berto Theodoro Jr.²⁷⁹ sustentam a legitimidade ativa da pessoa jurídica, com o que discordamos, pelas razões já expostas.

Limita também o texto, a legitimação ativa, ao próprio interessado. Essa limitação respeita as características do direito à vida privada, que é intransmissível, inclusive em razão da morte. Trata-se de direito personalíssimo.²⁸⁰

Impetrante. A Constituição foi rigorosa no definir quem pode ser impetrante do habeas data, quem tem legitimação para agir em juízo pela propositura dessa ação. O impetrante só pode ser o titular dos dados.²⁸¹

A legitimação passiva é bem mais ampla. Inclui pessoas físicas e jurídicas, todo e qualquer sujeito de direito a quem pertençam os registros ou bancos de dados, seja entidade pública ou privada que publiciza seus registros.²⁸²

Ou seja, entidades de caráter público nominada pelo texto constitucional, será toda entidade que permite o acesso de terceiros aos seus bancos de dados. Não interessa para esta delimitação qual setor do ordenamento jurídico que embasou a criação da entidade, direito público ou privado. Interessa, sim, o destino dos bancos de dados a ela pertencentes.

O sujeito passivo da ação de habeas data é o sujeito de direito a que pertençam os registros ou bancos de dados, seja entidade governamental ou privada que a publiciza.

A expressão entidade governamental alcança qualquer dos Poderes - Legislativo, Executivo e Judiciário - e qualquer dos órgãos do Estado, civis ou militares, qualquer das subjetivações de que o Estado se revista no seu processo de desconcentração ou descentralização. Assim alcança as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações de matiz estatal, como leciona J.J. Calmon dos Passos.

279 " Pode-se, diante do novo texto constitucional pátrio, definir o habeas data como remédio processual, utilizável por qualquer pessoa física ou jurídica para assegurar-lhe o conhecimento de registros, em repartições públicas, ou particulares acessíveis ao público e, eventualmente para retificar incorreções neste mesmo assentos." THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ação Popular, Habeas Data e Mandado de Injunção na Nova Constituição Brasileira. *Revista Jurídica Mineira*. Ano VII, Vol. 69. p.133-150. Belo Horizonte, jan. 1990. p. 144.

280 Ver Cap. I.5.B eF.

281 SILVA, Op. cit., p. 61.

282 Mandado de Segurança — Impetração contra Diretor de Serviço de Proteção ao Crédito — ilegitimidade passiva "ad causam" — Pessoa que não é autoridade pública — Cabimento de "habeas data". *Revista dos Tribunais*. Vol. 701. p. 129. mar. 1994.

A essas se somam as entidades de caráter público, que publicizam os dados de seus registros sobre as pessoas e não se pode querer associar-se expressão às entidades governamentais integrantes da administração descentralizada, porque estas são "governamentais, porque a expressão "pública" usada subsequente a alínea "a" do inc. LXXII, art. 5º da Constituição Federal, não é redundância, nem diferenciação entre o setor centralizado e descentralizado do governo, é lição de J. J. Calmon dos Passos, porque o caráter "público" da entidade nada tem de ver com sua condição de pessoa jurídica de direito público ou direito privado, sendo pertinente, apenas, indagar-se da privacidade ou publicidade da utilização dos dados registrados ou armazenados. E, prossegue o autor referido dizendo que entidades de caráter público é aquela que possui registros de assentamento pessoais e os fornece a terceiros, isto é, não os detém para seu uso exclusivo, com vistas a definir suas opções ou tomar decisões. Para esclarecer, cita o exemplo dos SPCs que armazenam dados para orientar terceiros, seus clientes. Assim, esses dados circulam em espaço social diverso daquele do sujeito que processa e utiliza os registros. Neste caso, para obtenção de informação e retificação dela, cabe habeas data.²⁸³

"Entidades Governamentais" é uma expressão que abrange órgãos da administração direta ou indireta. Logo, a expressão "entidades de caráter público", não pode referir-se a organismos públicos, mas a instituições, entidades e pessoas jurídicas privadas que prestem serviço para o público ou de interesse público, envolvendo-se aí não só concessionários, permissionários ou exercentes de atividades autorizadas, mas também agentes de controle e proteção de situações sociais ou coletivas, como as instituições de cadastramento de dados pessoais para controle ou proteção do crédito ao divulgadoras profissionais de dados pessoais, como as firmas de assessoria e fornecimento de informações e dados que são exemplos as de mala direta.²⁸⁴

Legitimado passivo é o sujeito de direito a que pertencem os registros ou bancos de dado. Cuidando-se de pessoa jurídica de direito público, poderá ser apresentada no feito, à semelhança do que ocorre no mandado de segurança, pelo agente responsável pelas informações, mas não é ele a parte, parte é a pessoa jurídica a qual pertencem os registros e bancos de dados.²⁸⁵

Deve-se levar em conta que o direito à vida privada caracteriza-se como direito absoluto, oponível erga omnes. Assim, o habeas data, como seu instrumento de defesa, poderá ser utilizado contra toda e qualquer entidade que, pelo registro ou terceirização de informações ou dados sensíveis, violá-la.²⁸⁶

283 REIS, Op. cit., p. 27.

284 SILVA, Op.cit., p. 59.

285 PASSOS, J.J. Calmon de. *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data - Constituição e progresso*. Rio de Janeiro, Forense, 1989.p.152

286 Ver Cap. I.5.D.

Entretanto, existem opiniões divergentes, que vêem como legitimado passivo para ação de habeas data tão somente pessoas jurídicas de direito público ou a elas equiparadas pelo exercício de atividade pública.

No que se refere ao item supra, parte-se da distinção elementar entre entidade pública e privada, para: a) excluir as informações das entidades privadas, a não ser que estas estejam usando tais dados no exercício de serviço público; b) incluir a pessoa jurídica de direito público, seus órgãos, departamentos, divisões ou repartições, e as pessoas jurídicas de direito privado que exerçam serviço público, por delegação legal ou contrato de concessão.²⁸⁷

Todavia, interpretando o texto constitucional, devemos entender "entidade governamental ou de caráter público" como todo organismo controlado pelo Poder Público, seja da administração direta ou indireta. A definição exclui, conseqüentemente, entidades privadas, ainda que sob fiscalização ou regramento geral do Poder Público, como os bancos ou instituições financeiras. A restrição do instituto foi proposital no texto da constituição.²⁸⁸

B. Competência

A questão ligada à competência para processamento e julgamento do Habeas Data é uma das menos polêmicas, já que a Constituição Federal encarregou-se de normatizá-la convenientemente. Assim, podemos observar as regras inscritas no Capítulo III do texto Maior, que trata Do Poder Judiciário.

Supremo Tribunal Federal
Competência Originária.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - Processar e julgar, originariamente:

(...)

d) O habeas-corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas-data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara de Deputados e do Senado Federal, do Tribu-

²⁸⁷ PACHECO, José da Silva. *Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991. Pacheco, José da Silva. *Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas*. São Paulo, RT, 1991. p.227.

²⁸⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Tutela Constitucional das Liberdades*. São Paulo, Saraiva, 1989. p.177.

nal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

Competência Recursal.

Art. 102(...)

(...)

II- julgar, em recurso ordinário:

a) o habeas-corpus, o mandado de segurança, o habeas-data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

Superior Tribunal de Justiça

Competência Originária.

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

b) os mandados de segurança e os habeas-data contra atos de Ministros de Estado e do próprio Tribunal;

Tribunais Regionais Federais

Competência Originária.

Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

c) os mandados de segurança e os habeas data contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal:

Juizes Federais.

Art. 109. Aos juizes federais compete processar e julgar:

(...)

VIII - os mandados de segurança e os habeas-data contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;

Tribunal Superior Eleitoral.

Competência Recursal.

Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juizes de direito e das juntas eleitorais:

(...)

§4º. Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando:

(...)

V - denegarem habeas-corpus, mandado de segurança, habeas-data ou mandado de injunção.

A competência para as Justiças Estaduais, do Distrito Federal e Territórios, por ser residual, ficou a cargo dos Constituintes Estaduais fi-

xar. Necessária, também, o estabelecimento de regras próprias no Código de Divisão e organização Judiciária de cada estado membro da federação.

No Estado de Santa Catarina, o Constituinte de 1989 estabeleceu, no capítulo IV, Seção II, os casos de competência originária do Tribunal de Justiça.

Art. 83 - Compete privativamente ao Tribunal de Justiça:

(...)

XI - processar e julgar, originariamente:

(...)

c) os mandados de segurança e de injunção e os "habeas-data" contra atos e omissões do Governador do Estado, da Mesa e da Presidência de Assembléia Legislativa, do próprio Tribunal ou de algum de seus órgãos, dos Secretários de Estado, do Presidente do Tribunal de Contas, do Procurador-Geral de Justiça e dos Juizes de primeiro grau;

Infelizmente, a legislação ordinária não fixou a competência para os demais casos, pela não atualização do Código de Divisão e Organização Judiciária do Estado. Assim, quando se tratar de Habeas Data que não se enquadre nos casos de processamento originário no segundo grau, permanece a dúvida.

Face à analogia que a própria Constituição Estadual faz com o rito do mandado de segurança e o mandado de injunção, a jurisprudência tem se inclinado pela competência da Vara dos Feitos da Fazenda Pública,²⁸⁹ quando o sujeito passivo, por sua condição de entidade pública, receber normalmente este privilégio. Entretanto, quando se tratar de entidade de "caráter Público", permanece a dúvida, sendo legalmente mais correto pensar, que por falta de normatização, a competência será dos juizes cíveis sem atribuição específica.

C. Procedimento

Face à inexistência de norma regulamentadora do procedimento do habeas data, a Doutrina divergiu, criando inúmeros entendimentos conflitantes.

Hely Lopes Meirelles afirma que:

Não há possibilidade de aplicação analógica do procedimento do man-

²⁸⁹ Conflito de Competência n° 446. DJ-SC n° 8.489. p.12.

dato de segurança ou o mandado de injunção, que colimam fins diversos com ritos diferentes. Desejável é que o Congresso Nacional edite norma processual adequada ao procedimento do habeas data, indicando as peculiaridades para o processo e julgamento dessa nova garantia constitucional.²⁹⁰

Entretanto, a maioria da doutrina e a prática dos tribunais tem tomado o caminho diametralmente oposto.

O habeas data, como remédio Constitucional, cuja ação deverá ser aplicado o rito processual do Mandado de Segurança, naquilo que couber, será caracterizado pela sumariedade e celeridade procedimental.²⁹¹

Tem se optado pelo uso do rito do mandado de segurança, enquanto não for editada legislação específica, pelo menos no que se refere ao pedido de informações. Letra "a" do inciso LXXII, dos art. 5º da Constituição Federal.

No que se refere à retificação das informações prestadas, letra "b", do inciso LXXII, do art. 5º da Constituição Federal, não são menores as dúvidas.

J.J. Calmon dos Passos sustenta que para retificação de dados a prova necessariamente deverá ser pré-constituída, documental, seguindo-se a norma estabelecida para o mandado de segurança. “ (...) insuficiente a prova documental, inadmissível o habeas data, cumprindo ao interessado pleitear os seus direitos pelas vias ordinárias, enquanto o legislador não prescreve algum rito especial, que viabilize esta hipótese.”²⁹²

Esta opinião implica extinção da ação de habeas data, no caso de surgir a necessidade de produção de prova, como poderá ocorrer, se houver controvérsia sobre a existência do próprio assento, necessidade de correção dos dados, ou objetando, o impetrante, a insuficiência das informações prestadas.

Outra parcela da doutrina afirma que, depois de prestadas as informações, a ação se transmutará a rito que permita a produção de provas. “Presta-se o habeas data, também, à retificação de dados. Neste caso, seguirá o procedimento ordinário ou sumaríssimo, com possibilidade do fazimento de

290 MEIRELLES, Op. cit., p. 150.

291 REIS, Op. cit. p. 25.

292 PASSOS, Op. cit., p. 150.

prova.”²⁹³

Em lição lapidar José Afonso da Silva delimita o rito mais adequado a ser utilizado pelo habeas data, enquanto não for editada a legislação pertinente.

Com a impetração, mediante petição inicial, o impetrante deve pedir a exibição, nos autos do processo, da ficha ou transcrição autêntica do arquivo informático que contém as informações e dados, bem como o pedido genérico de retificação (que envolve atualização e supressão das informações e dados incorretos), se necessário, nos mesmos autos, protestando-se pelo direito de complementar fundamentadamente a inicial, após cientificar-se do conteúdo daqueles documentos.

Conforme dissemos antes, não será necessário dois habeas datas para que uma mesma pessoa tome conhecimento dos dados e proponha sua retificação. O processo de habeas data pode desenvolver-se em duas fases. Na primeira, o Juiz, de plano, manda notificar o impetrado para apresentar os dados do impetrante, constantes de seu registro, no prazo que estipule; juntados os dados, o impetrante terá ciência deles, devendo manifestar-se em prazo determinado. Se nada tiver a retificar, di-lo-á e se arquivará o processo. Se tiver retificação a fazer, dirá quais são, fundamentadamente, mediante aditamento à inicial, e então o juiz determinará a citação do impetrado para a contestação, se quiser, prosseguindo-se nos termos do contraditório.²⁹⁴

Parece-nos mais adequado a admissão da produção de provas, utilizando-se o rito sumaríssimo. Entretanto, permanece aberta a questão de a quem cabe o ônus de tal prova.

A análise do procedimento a ser utilizado levanta uma das maiores polêmicas criadas pelo habeas data. A necessidade ou não do esgotamento da via administrativa.

Insignes juristas pátrios tem manifestado opinião no sentido da exigibilidade do esgotamento da via administrativa, como podemos anotar:

O habeas data não oferece maiores dificuldades, pressupõe que o pedido de informações relativas à pessoa do impetrante haja sido indeferido administrativamente, por isso que o controle judicial do ato administrativo faz-se em termos de sua adequação à ordem jurídica.²⁹⁵

²⁹³ VELOSO, Carlos Mário da Silva. As novas Garantias Constitucionais: Mandado de Segurança Coletivo, o Habeas Data, o Mandado de Injunção e a Ação Popular para Defesa da Moralidade Administrativa. *Revista dos Tribunais*. Vol 644: p. 7-17. São Paulo . jun 1989. p. 7.

²⁹⁴ SILVA, Op.cit. p., 62.

²⁹⁵ VELOSO, Op. cit., p. 8.

O exame de controvérsia pelo judiciário, escreveu Celso Agrícola Barbi ... "não deve ser a regra, mas sim a exceção, para não sobrecarregar a máquina judiciária com a solução de questões que podem ter seu debate na esfera administrativa. É sabido que o excesso de causa constitui uma das principais origens da morosidade do serviço judiciário. Desse modo, para melhorar seu funcionamento, ou para não agravá-lo, deve-se ter como norma que o uso daquela via só se fará, quando a utilização da via administrativa for dificultado", diremos nós, por qualquer motivo. Na prática, acontecerá o seguinte: o interessado impetra habeas data. Notificada para fazer sua defesa, ou para prestar informações, o que equivale à verdadeira contestação ... a autoridade nada mais faz do que meramente, ao ofício judicial, fornecer os dados existentes a respeito da pessoa interessada, o impetrante, e constantes dos arquivos. Nessas condições, deveria ter o legislador constituinte - e deverá isso constar de futura norma regulamentadora - obrigado o impetrante a recorrer, primeiro à via administrativa, depois ao judiciário, para evitar que a alta missão do órgão judicial ... se "minimize", ficando a justiça encarregada, nestes casos, de mero instrumento de "solicitador de informações" a entidades governamentais ou de caráter pública.²⁹⁶

Deste entendimento resultou a Súmula nº 02 do Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos:

Não cabe o habeas data (CF, art. 5º, LXXII, letra "a") se não houver recusa de informações por parte de autoridade administrativa.

Entretanto, seguindo a análise gramatical do dispositivo constitucional, que diz:

Art. 5º(...)

LXXIII - Conceder-se-á "habeas-data" a brasileiro:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas a sua pessoa, constante de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.²⁹⁷

Chega-se facilmente à conclusão de que o constituinte não pretendia a imposição da restrição do esgotamento da via administrativa, antes de permitir a utilização do "writ" do habeas data, já que nenhuma menção fez a este respeito.

A doutrina tem caminhado para o reconhecimento da desnecessidade do esgotamento da via administrativa, como condição da ação do ha-

²⁹⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Vol. 2. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1989.p 772/773.

²⁹⁷ original sem grifo.

beas data. Neste sentido são as opiniões de Milton Fernandes, Wander Paulo Marotta Moreira, Celso Ribeiro Bastos, Ivens Gandra Martins e José Afonso da Silva.

Não obstante do seu insigne emissor, este não nos parece o melhor entendimento. Quando mais não seja, pela analogia com o mandado de segurança, que vem servindo do standard à injunção e para o qual há muito pacificou-se a convicção de seu manejo independente de exaustão da via administrativa. A autonomia do procedimento judicial parece-nos desautorizar a opinião contrária.²⁹⁸

A jurisprudência e a doutrina mais moderna inclinam-se pela desnecessidade de esgotamento da via administrativa para a postulação de direitos perante o Judiciário. Esta via deve ser facultativa; o particular poderá optar por ela, se ante- vir nessa atitude algum provimento. Entretanto, o ingresso em juízo não deve ser condicionado ao prévio caminho extrajudicial, a não ser que manipulando-o, o particular tenha demonstrado inequívoca vontade de utilizá-lo. Deverá nesse caso, ou esgotar a via eleita ou desistir sem condicionamentos, do recurso interposto.

A mesma possibilidade estará aberta em caso de evidente retardamento da decisão administrativa, de forma injustificada e abusiva. Também nesse caso poderá o interessado ingressar com sua postulação em juízo, desistindo, anteriormente do recurso interposto perante a repartição.²⁹⁹

A impetração não depende de prévio pedido administrativo. Mesmo no caso de retificação de dados prevista na alínea b do dispositivo constitucional, a providência prévia administrativa é facultativa, de modo que, aplicando-se a regra geral para as demais ações, basta que o órgão público conteste para que fique demonstrado o interesse processual para a medida. Se o órgão impetrado não resistir à medida, que apresente as informações assim que notificado para tal.³⁰⁰

O problema que cabe aqui resolver é o da dispensabilidade ou não de prévio requerimento administrativo ao órgão possuidor dos dados. A rigor não seria insustentável a tese de que cumpre inicialmente forçar a via administrativa, e só denegada esta, estaria aberta a instância jurisdicional. No entanto, uma reflexão mais atenta sobre a índole do instituto levaria à conclusão de que o percurso do caminho meramente administrativo é dispensável. Vê-se que a intenção do constituinte é de fornecer ao indivíduo um instrumento jurisdicional de acesso a estes dados. A chegada até eles pela instância meramente administrativa não oferece ao requerente a mesma segurança nem uma cominação punitiva para o caso de fraude do adminis-

298 FERNANDES, Milton. O "Habeas Data", como defesa à ameaça tecnológica. *Revista dos Tribunais*. Vol 704: p.63-70. jun. 1994 p. 69.

299 MOREIRA, Wander Paulo Marotta. Do Mandado de Segurança e Institutos Afins na Constituição de 1988. In: *Mandado de Segurança e de Injunção*. Coord., Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo, Saraiva, 1990. p. 420.

300 GRECO FILHO, Vicente. *Tutela Constitucional das Liberdades*. São Paulo, Saraiva, 1989. . p. 177.

trador que só uma medida jurisdicional pode lhe propiciar. Daí porque a solução por certo mais correta é a da dispensa de qualquer provocação da instância administrativa.³⁰¹

Entretanto, opinião que em nosso entender demonstra definitivamente a ilogicidade de exigência do exaurimento da via administrativa, foi emitida pelo Ministro Garcia Vieira, em voto vencido no julgamento do Habeas data nº 001 -DF, pelo extinto TFR:

A exigência do prévio exaurimento da esfera administrativa significaria a vedação do uso do habeas data e não se pode tirar essa conclusão do dispositivo constitucional que garante o seu uso por todos aqueles que pretendem conhecer as informações a seu respeito, existentes no SNI, para posteriormente, retificá-los. Se o interessado fosse obrigado a fazer o requerimento na esfera administrativa, para só depois vir a Juízo, estaria sendo impedido de utilizar-se do habeas data, porque das duas uma: ou o requerimento seria deferido e fornecidas as informações, ou indeferido e negadas estas e, em nenhuma das hipóteses poderia impetrar habeas data. Na primeira hipótese porque já tendo conseguido as informações, não teria sentido e na segunda hipótese, o remédio seria o mandado de segurança. É evidente que esta interpretação conduz ao absurdo.³⁰²

D. O habeas data e o direito de informação

Os primeiros habeas data impetrados, logo após a carta de 88, tiveram como sujeito passivo o SNI - Serviço Nacional de Informação, face ao papel que no regime anterior aquele órgão assumiu. Este fato motivou o então Ministro Chefe do órgão impetrado formular consulta ao Consultor-Geral da República, que exarou o Parecer SR-71.³⁰³

Neste parecer, relacionando a ação de habeas data ao direito previsto no artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, concluiu o Sr. Consultor, pela aplicação das restrições fundadas na imprescindível segurança do Estado nas informações pessoais tuteladas pelo habeas data.

A revelação (disclosure) dos dados pessoais existentes nos registros

301 BASTOS, Op. cit., p. 365.

302 HD-001-DF. DJU 02.05.89. p. 6374.

303 RAMOS, Saulo. Op. cit., p.19807/19808.

desse órgão, no entanto, será passível, a juízo do Ministro-Chefe do SNI (v. Decreto nº 96.876, de 29.09.88, art. 4º, parágrafo único, se o ato não se revestir de potencialidade danosa ao valor político-jurídico posto sob cláusula constitucional de reserva a segurança da sociedade e do estado.

A nova Constituição do Brasil, ao proclamar o direito do acesso às informações existentes em órgão público, emprestou-lhe caráter limitado e relativo, posto que exonerou o Estado do dever de prestá-las nos casos estritos em que se tornasse imprescindível resguardar a segurança do Estado e da Sociedade.

A legislação concernente ao SNI, editada sob a vigência de anterior ordenamento constitucional, veiculou norma de sigilo fundada no caráter indisponível de segurança do Estado, objetivando tornar inacessível os elementos de informação naquele órgão existentes.

Se, porém, a autoridade, em determinado caso, negar a informação com fundamento no pressuposto da imprescindibilidade do sigilo para a segurança da sociedade ou do Estado, seu ato será legal e constitucional, embora possa vir a ser impugnado perante o Poder Judiciário através do Habeas Data: instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades.³⁰⁴

Nesse Sentido manifestou-se o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Habeas Data — Indeferimento de inscrição em concurso público — impetração pelo candidato objetivando o acesso aos dados colhidos sobre sua pessoa em processo de investigação de sua vida social e moral — Inadmissibilidade — informações sigilosas — Inviolabilidade — inteligência do art. 5º, XXXIII da CF — Ordem denegada.³⁰⁵

Entretanto, esta não nos parece a opinião mais correta. A nosso ver, as informações de caráter pessoal, ligadas à vida privada, e protegidas pelo habeas data, sem ingressarmos na análise da legitimidade/necessidade do arquivamento, de duas uma: ou são verdadeiras, e portanto já são do conhecimento do sujeito a que se referem, inexistindo razão para ocultá-las; ou são falsas, portanto, imprestáveis ao órgão que as detém.

Assim não vislumbramos motivo pelo qual a revelação possa influir na segurança da sociedade e do Estado.

O direito às informações sobre a própria pessoa é incondicionado, não se aplicando, portanto, a ressalva do sigilo prevista no inc. XXXIII do mesmo art. 5º. O sigilo, a que se refere este último dispositivo, é cabível em se tratando de informações objetivas, cuja divulgação possa comprometer a segurança da sociedade ou do Estado, mas em nenhuma hipótese pode ser negada a informação pessoal para

304 Ibidem.

305 Ementa. Revista dos Tribunais. Vol. 710. p. 125. dez. 1994.

o próprio requerente. Informações subjetivas jamais podem ser comprometedoras da segurança da sociedade ou do Estado. Se houver qualquer aspecto que recomende sigilo, o tribunal competente mante-lo-á perante terceiros, mas o direito do requerente deve ser efetivado. Aliás, o bom-senso recomenda que as informações, quando prestadas, devem, sempre, ser fornecidas ao requerente em segredo de justiça.³⁰⁶

Não há informação sigilosa em relação à pessoa do próprio informado. Até mesmo quando o indiciado é preso, será informado de seus direitos e tem ele direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial. Assim, também, a informação registrada sobre qualquer pessoa dá-lhe direito a conhecê-la.

Não há, por outro lado, informação sigilosa para a justiça. Se, porventura, houver um interesse público relevante que suplante o interesse do impetrado, poderá a justiça, ao examinar a informação, negar a sua revelação ao impetrante.

O órgão público, todavia, não poderá esquivar-se a fornecê-la à Justiça, ainda que, ao fazê-lo, encareça a necessidade de mantê-la em sigilo temporário.³⁰⁷

A doutrina vem manifestando o entendimento que sustenta as diferenças entre o direito tutelado pelo habeas data e o direito à informação.

O habeas data tutela a vida privada, a preservação da personalidade humana em seu âmbito próprio. Enquanto, o direito à informação garante ao sujeito, a defesa de seus interesses de qualquer natureza, tanto no âmbito privado, como no que se refere ao exercício da cidadania, no cumprimento de sua função de fiscalização do próprio Estado.

O Habeas data consubstancia uma proteção de direitos, ou seja o indivíduo pode fazer valer direitos como o de conhecer e corrigir dados pessoais constantes de qualquer registro informático por meio administrativo ou judicial.

Assim, como remédio constitucional destina-se assegurar o acesso as informações existentes em registros informáticos. O inc. LXXII, do art. 5º, da Constituição Federal claramente diz "as informações relativas à pessoa do impetrante", de tal sorte que não se pode confundir o condicionamento do Habeas Data com o disposto no inc. XXXII, do art. 5º da Constituição Federal que diz "todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo de lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Tal preceito estabelece que toda pessoa, em nome de seu interesse particular ou coletivo ou geral tem assegurado o acesso a informações constantes "dos órgãos públicos", a fim de que seja esclarecida a respeito de atos do Estado.

Assim, o inc. XXXIII do art. 5º da Constituição Federal trata de direito

306 GRECO Filho, Op. cit., p. 176/177.

307 PACHECO, Op. cit., p. 282/283.

pessoal, de caráter político, como membro da comunidade, de tomar parte na vida pública e na direção dos assuntos políticos do país, como cidadão.

Por outro lado, o disposto no inc. LXXII do art. 5º da Constituição Federal, trata de "informações relativas à pessoa do impetrante", que são aquelas relativas à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem da pessoa, direitos individuais específicos da personalidade que são bens tutelados pelo inc. X do art. 5º da Constituição Federal³⁰⁸

Outro fato que sustenta este ponto de vista é a não inclusão da ressalva de sigilo no que se refere às informações passíveis de revelação pelo habeas data. A boa técnica de interpretação não acolhe a transposição de restrição inclusa em um inciso para outro, quando a própria Constituição não o faz. Não caberá restringir o que o constituinte não restringiu.

Observa-se, portanto, haver um direito amplo à informação, sujeito a restrições no tocante a informações pretendidas dos órgãos públicos, visto como, nesse particular, legitimou-se a recusa do sujeito obrigado, desde que comprovada a existência de risco para a segurança da sociedade e do Estado, se divulgada a informação. Essa restrição, entretanto, foi afastada, quando em jogo informações a respeito do próprio titular do direito. E para assegurar a obtenção dessas informações de caráter pessoal, deferiu-se ao interessado o remédio constitucional do habeas data.³⁰⁹

Finalmente, todos os dados referentes ao impetrante devem ser fornecidos. Não valerá, na hipótese do habeas data, a alegação de sigilo em nome da segurança do Estado. Tal restrição está expressamente prevista no caso do art. 5º, XXIII, por meio do qual se autoriza a certificação de informações, ressalvando-se "aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado". No preceito referente ao Habeas Data não se verifica essa restrição. Não há como, em matéria de direitos individuais, utilizar-se de interpretação restritiva. Ela há de ser, nesta matéria, ampliativa.³¹⁰

Acrescente-se que o impetrado deverá fornecer a íntegra das informações existentes sobre o impetrante, conforme já decidiu o Dr. Sérgio Lazzarini, em despacho proferido no primeiro habeas data impetrado no país (Ídibal Piveta contra Superintendência da Polícia Federal de São Paulo), nos seguintes termos:

Tal conhecimento, à luz da inspiração da Assembléia Nacional Consti-

³⁰⁸ REIS, Op. cit., p.24.

³⁰⁹ PASSOS, Op. cit., p. 138.

³¹⁰ TEMER, Michel. Algumas Notas Sobre o Mandado de Segurança Coletivo, o Mandado de Injunção e o Habeas data. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*. Vol.30: p.11-16. dez. 1988.p.14.

tuinte, há que ser amplo, dilatado, largo, de tal sorte a permitir que o interessado saiba, com certeza, o que de sua pessoa as afirma ou considera.

Não pode a autoridade pública sintetizar, compendiar ou resumir, de forma lacônica e segundo seu critério subjetivo, os dados que constam a respeito do cidadão, sob pena de fraudar-se o dispositivo constitucional e se lhe reconhecer o arbítrio de informar, simplificando dados, apenas aquilo que considera relevante ou não.

Não detém a autoridade pública o juízo de valor de dar conhecimento ou resumir apenas o que reputa suficiente e implícito.

Tem o cidadão direito constitucional de tomar conhecimento explícito de todas as informações relativas à sua pessoa, que constam dos registros ou bancos de dados, sem supressões, reduções ou sínteses, para quem de posse delas, ulteriormente decida se deseja ou não sua manutenção ou retificação.³¹¹

E. Eficácia e aplicabilidade do habeas data

Apesar das grandes divergências doutrinárias provocadas pela criação do habeas data, em um aspecto, pelo menos, a doutrina obteve unanimidade. No que se refere à eficácia da norma constitucional que o criou. Efetivamente, inexistente a necessidade de edição de legislação infraconstitucional, para a utilização do "writ", se bem que seja aconselhável sua normatização procedimental.

Quanto à plena eficácia e imediata aplicabilidade do dispositivo constitucional, anotemos algumas opiniões:

A absoluta prescindibilidade de normação infraconstitucional para reger o instituto do habeas data revela a completa desnecessidade, no caso, da 'interpositio legislatoris'.

A análise da própria estrutura constitucional desse remédio jurídico ressalta, para os fins da sua imediata aplicabilidade, a completude da norma referida que permite identificar os sujeitos da relação processual, o objeto passível da postulação judicial e até mesmo os órgãos investidos de competência jurisdicional para o processo e julgamento da ação de habeas data.³¹²

Não há previsão de lei para aplicação do texto constitucional sobre o

³¹¹ CÉSAR, Joaquim Pontes Cerqueira. A Garantia Constitucional do Habeas Data. *Revista de Processo*. Vol 61: 79-90. jan/mar. 1991. p. 83

³¹² BASTOS, Op. cit. p., 366.

habeas data. Logo, é de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Significa que o Juiz não pode deixar de conhecer da impetração sob o fundamento de que não se prevêem regras que disciplinem seu processo e procedimento, pois existem leis processuais, em vigor, que são aplicáveis.³¹³

A regra inscrita no preceito constitucional em análise reveste-se de eficácia jurídica plena, sendo aplicável, em face de seu próprio conteúdo normativo, de modo direto e imediato, bastando-se, por isso mesmo, por si própria.

A ausência de norma legal regulamentadora não lhe inibe a aplicabilidade, posto que esse preceito constitucional, completado pelas regras de competência definidas na Constituição, contém os elementos necessários à sua plena atuação.

A aplicação direta das normas constitucionais, respeitantes às liberdades públicas, significa, na lição de J. J. Gomes Canotilho:

(a) rejeição da doutrina tradicional da regulamentação da liberdade.

Talvez dominado pelo conteúdo altamente filosófico e doutrinário das declarações de direitos, ao que acrescia, algumas vezes, a sua inserção fora do articulado da Constituição (era nos preâmbulos constitucionais que, nalguns casos, as proclamações de direitos encontravam guarida), a doutrina francesa considerava indispensável a intervenção legislativa para dar operatividade prática aos preceitos constitucionais garantidores dos direitos fundamentais.

(...)

Tornava-se evidente que a exigência de uma *reglementation de la liberté* punha em perigo a eficácia destes mesmos direitos, pois bastava a inércia do legislador para que as normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais se transformassem em conceitos vazios de sentido e conteúdo.

Desta forma afasta-se a "idéia criacionista" conducente ao desprezo dos direitos fundamentais enquanto não fossem positivados a nível legal.

(b) Deslocação de doutrina dos "direitos fundamentais" dentro da reserva da lei para a doutrina de reserva de lei dentro dos direitos fundamentais.

Aplicação directa não significa apenas que os direitos fundamentais se aplicam independentemente da intervenção legislativa (...) significa também que eles valem directamente contra a lei, quando (1) esta os restringe fora dos casos expressamente previstos pela constituição (2) e sua restrição seja manifestamente excessiva (...) ou diminua a "extensão e alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

(c) Em termos práticos, a aplicação directa dos direitos fundamentais implicam ainda a revogação (...) de todas as leis pre-constitucionais que sejam contrárias às normas da constituição consagrada e garantidoras de direitos, liberdades e garantias ou direitos de natureza análoga.³¹⁴

Tratando dos dois novos "remedius iuris", que os constituintes de 1988 criaram, consagrando-os em expressas regras jurídicas constitucionais, inserindo-os no capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais, dotados de "aplicação imediata" (art. 5º, LXXVII, §1º), por constituírem "normas definidoras desses mesmos direitos

313 SILVA, Op. cit., p. 62.

314 RAMOS, Op. cit., p. 19.810.

e garantias, ou seja, munidos de eficácia.

Não existe qualquer dúvida a respeito do momento de vigência do instituto do habeas data, em nosso direito, porque é informado por norma definidora instrumental de direitos e garantias fundamentais.

Toda a regra jurídica constitucional, desde que reúna, em si, elementos precisos de aplicabilidade, tem eficácia jurídica, de imediato, mesmo aquela de índole ideológico-programática, como, na atual Constituição de 1988, vamos encontrar.³¹⁵

E diante do disposto no parágrafo 1º, do artigo 5º, da Constituição Federal, não poderia ser diferente, já que a regra da auto aplicabilidade é expressa. A jurisprudência tem manifestado entendimento nesse sentido:

A falta de previsão legislativa quanto ao procedimento não obsta o cabimento do habeas data. A lacuna não significa impedimento ao exercício da ação de habeas data, inclusive com a adoção da terminologia constitucional, mas tão-somente que a forma de seu processamento precisará ser estabelecida por construção judicial, possivelmente via de aplicação analógica. Até porque existe um veto legal, uma vez que, segundo disposição constitucional expressa, não cabe mandado de segurança para proteger direito amparado por habeas data.³¹⁶

315 CRETELLA, Op. cit., p. 766.

316 Ementa .Revista dos Tribunais. Vol. 701.p.129. mar. 1994.

3 Possibilidades Eficaciais do Habeas Data

Numa interpretação literal e isolada do inciso LXXII, do artigo 5º da Constituição Federal, a doutrina tem apontado como objeto do habeas data, o conhecimento dos registros e a sua retificação, por atualização, correção ou eliminação de dados falsos. Colecionemos algumas destas manifestações:

O objeto do habeas data consiste em assegurar: a) direito de acesso e conhecimento de informes relativos à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais e de entidades de caráter público; b) o direito à retificação desses dados, importando isso em atualização, correção e até a supressão, quando incorretos.³¹⁷

O habeas data configura-se remédio jurídico-processual, de natureza constitucional, que se destina a garantir, em favor da pessoa interessada, o exercício da pretensão jurídica discernível em seu tríplice aspecto: (a) direito de acesso aos registros; (b) direito de retificação dos registros e (c) direito de complementação dos registros.³¹⁸

O duplo objetivo é transparente: conhecimento de informações e retificação de dados. Ele exaure, a nosso juízo, a potencialidade dos interesses jurídicos do impetrante. Este só poderá pretender inteirar-se dos registros existentes a seu respeito e corrigi-los, se não corresponderam à verdade.³¹⁹

Entretanto, o habeas data não pode ser visto como mero instrumento de requisição de dados, como querem alguns. Isso caracterizará uma diminuição do sentido da norma constitucional. Ele é instrumento de defesa do direito à vida privada, fato este amplamente aceito pela doutrina, que a princípio via-o como um mandado de segurança com nome diferente ou apenas um produto da reação ao regime de governo anterior, sem futuro.

O instituto é novo no direito nacional, resultado da necessidade que modernamente se apresentou de proteção do indivíduo contra o poder, cada vez

317 SILVA, Op. cit., p. 59.

318 RAMOS, Op. cit., p. 19809.

319 FERNANDES, Op. ult. cit., p. 69.

mais dilatado, do Estado e de instituições privadas, de armazenarem informações sobre as pessoas, e com base nelas operarem em detrimento da privacidade e da liberdade dos indivíduos.³²⁰

A privacidade do indivíduo modernamente pode ser devassada diante de técnicas e teleobjetivas, da mídia, da informática, expondo à publicidade dados constantes dos arquivos, o que sensibilizou o constituinte de 1988 criando o habeas data como instrumento de defesa da intimidade da pessoa, ao lado do habeas corpus.³²¹

A vida privada não estará devidamente protegida se admitirmos como objeto do habeas data unicamente o conhecimento e a retificação de informações falsas, pois existem informações ou dados, que convencionamos chamar sensíveis,³²² que se compilados, mesmo sendo verdadeiros, atingem a vida privada dos indivíduos.

Modernamente, o respeito à privacidade abrange não só o direito de impedir a compilação de certos dados de natureza íntima que não podem ser levados a registro, como a possibilidade de corrigir informações inexatas, inoportunas ou desatualizadas, prevenindo a sua utilização abusiva. Este controle tem como instrumento fundamental o "direito de acesso" de cada indivíduo identificado, no que se refere ao conteúdo e à difusão dos dados, de molde a garantir uma adequada proteção das liberdades públicas em geral e da defesa da privacidade em particular.³²³

A interpretação do inciso LXXII, do artigo 5º da Constituição Federal deve ser feita em conjunto com o inciso X do mesmo artigo. Esta justaposição abre outros horizontes e possibilidades eficaciais³²⁴ ao instituto do habeas data, ou seja, a possibilidade de análise judicial do pedido e exclusão ou supressão dos dados sensíveis dos registros e bancos de dados.

O direito de preservação da intimidade, da honra, da imagem, do reca-

320 PASSOS, Op. cit., p. 136.

321 REIS, Op. cit., p. 23.

322 Ver Cap. I.8.

323 DOTTL, Op. cit., p. 256.

324 O termo "possibilidades eficaciais" é utilizado para exprimir a possibilidade do instituto do habeas data servir para discussão dos fatos relacionados com a supressão de dados e outras ainda não relacionada pela doutrina como seu objeto. Possibilidade eficaz aberta pela ampliação interpretativa do suporte fático abstrato contido na norma. "... eficaz, quer dizer, a possibilidade de incidir sobre seus pressupostos fáticos quanto concretizados, subordinando-os ao sentido que lhes impõe." MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 1986. p.79.

to, enquanto direitos fundamentais, sempre foram capazes de permitir às pessoas de não deixar chegar ao conhecimento alheio quanto ao fato a elas relacionados, independentemente do direito de responsabilizar civilmente por eventuais danos que a intromissão venha a causar em seu patrimônio ou em sua estima social.

(...)

Destarte toda pessoa desfruta do direito de excluir do conhecimento alheio quanto a fatos relacionados com a sua intimidade, vida privada, honra e imagem e a norma constitucional que atua como fundamento de direito de obtenção de "informações relativas à pessoa do impetrante", quer de órgãos públicos ou privados que os detenham em seus registros, é a do inciso X do artigo 5º da Constituição Federal.³²⁵

O habeas data, ou conjunto de direitos que garante o controle da identidade informática, escreve Firmín Morales Prats, implica o reconhecimento do direito de conhecer, do direito de correção, de subtração ou anulação, e de agregação sobre os dados depositados num fichário eletrônico. Esse elenco de faculdades, que derivam do princípio de acesso aos bancos de dados, constitui a denominada "liberdade informática" ou direito ao controle dos dados que respeitam ao próprio indivíduo (biológicos, sanitários, acadêmicos, familiares, sexuais, políticos, sindicais ...)

³²⁶

Como existe um direito à intimidade, há um direito a que não sejam divulgadas certas informações muito íntimas que, mesmo estando lícitamente em poder de alguém, não podem ser divulgadas.³²⁷

Como já ressaltamos, as dificuldades de controle dos bancos de dados são inúmeras,³²⁸ o que torna pouco eficaz qualquer outro método de controle das informações ou dados sensíveis, constantes de arquivos públicos ou publicizados, que não seja a supressão, ainda mais quando seu arquivamento não está acobertado por necessidade justificadora.

Como exemplo desta possibilidade de supressão, podemos citar a Constituição Portuguesa, que no artigo 35, estabeleceu proibição do tratamento de dados sensíveis, que deriva em sua exclusão de qualquer arquivo em que sejam registrados.

Artigo 35. (Utilização da Informática)

1. Todos os cidadãos têm o direito de tomar conhecimento do que constar de registros mecanográficos a seu respeito e do fim que se destinam as infor-

³²⁵ REIS, Op. cit., p. 23/24.

³²⁶ SILVA, Op. cit., p. 60.

³²⁷ SUNDFELD, Op. cit., p. 116.

³²⁸ Ver Cap. II.3.

mações, podendo exigir a rectificação dos dados e a sua actualização.

2. São proibidos o acesso de terceiros a ficheiros com dados pessoais e a respectiva interconexão, bem como os fluxos de dados transfronteiras, salvo em casos excepcionais previstos na lei.

3. A informática não pode ser usada para tratamento de dados referentes a convicções políticas, fé religiosa ou vida privada, salvo quando se trate do processamento de dados não identificáveis para fins estatísticos.

4. A lei define o conceito de dados pessoais para efeitos de registo informáticos.

5. É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos.

Celso Ribeiro Bastos, sistematizando a lição de Canotilho,³²⁹ a cerca deste dispositivo, anota a tríplice proteção do direito português:

a) direito de acesso das pessoas aos registos informáticos para conhecimento dos seus dados pessoais dele constantes;

b) direito ao sigilo em relação a terceiros dos dados pessoais informatizados e direitos a sua não interconexão;

c) direito à proibição de tratamento informático de certos tipos de dados pessoais.³³⁰

A possibilidade de supressão dos dados sensíveis é corolário lógico e inegável da defesa do direito à vida privada. Não podemos admitir que a Constituição garanta o direito à vida privada, inclusive como o direito à reparação civil pela intromissão e não crie meios para eliminar a causa do dano. Não se poderá negar ao habeas data essa função, de eliminar, suprimir ou ex-

³²⁹ Este artigo reconhece aos cidadãos um direito de controlo pessoal das informações nominativas constantes dos bancos-de-dados. Parece afastada a hipótese de acesso de terceiros aos registos nominativos, devendo incluir-se entre terceiros a imprensa.

A Constituição não prevê nem autoriza qualquer restrição a este direito, pelo que terão de entender-se abrangidos os bancos-de-dados dos serviços policiais. O preceito em análise tem, por outro lado, eficácia externa em relação a terceiros, podendo os cidadãos exigir não só do Estado ou entidades públicas como também de entidades privadas, que lhe seja dado conhecimento do que a seu respeito constar dos respectivos registos mecanográficos. a garantia deste direito exige, entre outras coisas, o conhecimento, por parte do cidadão, dos bancos-de-dados existentes.

Proíbe-se no nº 2 o registo de dados de natureza opinativa ou respeitante à vida privada das pessoas. Esta proteção abrange expressamente as opiniões políticas — devendo incluir-se por identidade de razão as opiniões filosóficas e a filiação partidária — e religiosas; não é líquido quais os elementos incluídos na “vida privada”. CANOTILHO, J. J. Gomes & Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra, Coimbra Ed., 1980. p. 104.

³³⁰ BASTOS, Op. cit. p. 362.

cluir os registros de dados sensíveis, que por si só já caracterize violação ao direito à vida privada.

Seria um manifesto contra-senso que houvesse o asseguramento constitucional do direito à intimidade, mas que concomitantemente o próprio texto Constitucional estivesse a permitir o arquivamento de dados relativos à vida íntima do indivíduo.³³¹

Nesse ponto levantam-se duas questões de suma importância para a eficácia do habeas data, como instrumento de defesa da vida privada. A primeira se refere a análise da necessidade da posse dos dados, pois a categoria dados sensíveis é extremamente fluida e mutável³³² e a licitude do arquivamento dependerá muito dos objetivos a que se propõe o cadastro.³³³ A segunda, refere-se ao ônus da prova da veracidade da informação.

Quanto a primeira questão, é correto afirmar que caberá ao judiciário analisar se a posse da informação sensível está justificada pela necessidade ou objetivo do cadastro ou não. “É importante notar que se não houver uma séria justificativa a legitimar a posse pela Administração destes dados, eles são lesivos ao direito à intimidade.”³³⁴

Cumprе ressaltar que inexistе impedimento à análise judicial dos motivos que levaram a administração ou o particular a proceder determinado registro de dado sensível, porque, nesse caso, pode estar ocorrendo desvio da finalidade do cadastro e lesão a direito individual constitucionalmente garantido.

Não há confundir, entretanto, o mérito administrativo do ato infeso a revisão judicial, com o exame de seus motivos determinantes, sempre passíveis de verificação em juízo.

(...)

Idêntica é, a orientação do STF, deixando julgado que “a legalidade do ato administrativo, cujo controle cabe ao Poder Judiciário, compreende não só a competência para a prática do ato e de suas formalidades extrínsecas, como também os seus requisitos substanciais, que tais elementos sejam definidos em lei como vin-

331 Ibidem, p. 363.

332 Ver Cap. I.8.

333 Ver Cap. I.7.

334 Ibidem.

culadores do ato administrativo.³³⁵

Mas, como ninguém pode contrariar a Constituição e essa mesma Constituição veda se exclua da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, individual ou coletivo (art. 5º XXXV), segue-se que nenhum ato do Poder Público deixará de ser examinado pela Justiça quando argüido de inconstitucional ou lesivo de direito subjetivo de alguém.³³⁶

Assim, caberá integralmente a lição de Celso Ribeiro Bastos que amplia o objeto do habeas data, incluindo a supressão dos dados sensíveis entre suas possibilidades eficaciais.

O objeto do habeas data, como visto, é a retificação de dados. Esta expressão deve ser entendida amplamente para incluir a própria supressão quando se tratar de informações pertinentes à vida íntima da pessoa. Cremos ser possível levar mais adiante a supressão. Trata-se daquelas hipóteses em que os dados pessoais não mantêm qualquer relação com as finalidades legalmente definidas ao órgão coletor. É preciso reconhecer-se que o possuir dados pessoais, embora úteis em determinados campos da atuação administrativa, como é o caso da atividade policial, ainda assim esta posse há de ser vista sempre como algo excepcional, e é por isso que o controle nunca poderá se limitar apenas a levar a efeito uma correção de dados errôneos. Terá de entrar no mérito da posse daquela qualidade de dados. Não custa nada lembrar que o Estado de Direito marca sua atuação pelo cunho da impessoalidade e da igualdade.³³⁷

Deverá o órgão cadastrador demonstrar a necessidade da informação para o bom desempenho de suas funções, sob pena de supressão. A necessidade da informação deverá manter direta e imediata vinculação com o objetivo do cadastro. Esta vinculação deve ser observada de plano pelo julgador, como lógica e inegável. Não poderão pairar dúvidas a este respeito, sob pena de estarmos admitindo a violação da vida privada.

A segunda questão, refere-se ao ônus da prova da veracidade da informação.

A manifestação doutrinária, seguindo a regra processual básica de que o ônus da prova cabe a quem alega (art. 333 do Código de Processo Civil), afirma que caberá ao impetrante demonstrar a inveracidade do registro.

Os dados, que constam de registros de órgão públicos, assim que entre-

³³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 17º ed. São Paulo, Malheiros, 1992. p. 606.

³³⁶ *Ibidem*, p. 607.

³³⁷ BASTOS, Op. cit., p. 364.

gues ao interessado, sob a forma de certidão, fazem fé pública e não podem ser contestados, a não ser com prova inquestionável, apresentada em contrário.³³⁸

Assim, no segundo caso, se houver controvérsia dos fatos, será necessária a produção de provas que deverá promover-se de acordo com o inc. LX do art. 5º da Constituição Federal, ensejando aos litigantes "ampla defesa com os recursos a ela inerentes.

(...)

No caso da letra "b" o interessado deverá instruir seu pedido com provas bastante e suficientes a comprovar a sua versão que justifique a retificação de dados nos registros do impetrado.³³⁹

Não bastarão as alegações do postulante, se desacompanhadas de prova da sua veracidade, pois a nova disposição constitucional não assegura cancelamento dos registros pessoais, dos arquivos públicos, mas garante a sua retificação condizente com a realidade.³⁴⁰

Entretanto, o ônus da prova pode ser invertido, frente a circunstâncias peculiares, como podemos observar no disposto no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência;

Ao criar cadastro que manipulará informações pessoais, portanto em certa medida dados sensíveis, o órgão cadastrador deverá ter o cuidado de certificar-se da veracidade dos dados ou registros procedidos, indicando sua fonte. Estamos tratando de cadastros de acesso público, os acessáveis por habeas data, portanto, não incidente a ressalva do inciso XIV, pois, não existe segredo profissional no que se refere a registros acessáveis por terceiros. Não se pode admitir a divulgação de informação falsa. Esta hipótese, mesmo na modalidade da culpa, implicará dever de reparação. Existe um dever geral de diligência que obriga ao órgão cadastrador certificar-se da veracidade de seus registros. Este dever é que pode sustentar a inversão do ônus da prova no habeas da-

338 CRETELLA Jr., Op. cit., p. 773.

339 REIS, Op. cit., p. 25.

340 MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, Ação popular, Ação Civil Pública, mandado de Injunção, "Habeas Data"*. 13º Ed. Atualizada pela constituição de 1988. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989p. 153.

ta.

O ônus da prova da veracidade deve ser atribuído ao órgão cadastrador, pois é ele que afirma a veracidade de seus registros, mesmo antes de o impetrante contestá-la judicialmente através do habeas data. O órgão cadastrador não só afirma a veracidade da informação de seus registros como a terceiriza como verdadeira, portanto deverá demonstrá-la. Caso não tenha como fazê-lo, deveremos adotar a solução idêntica a adotada pela legislação estrangeira supra citada.³⁴¹ Supressão ou bloqueio da informação contestada, cuja veracidade não se pode comprovar.

Além disso, deverá comprovar a necessidade da informação, pois se pelo senso comum, o dado sensível arquivado não for necessário ao correto desempenho das atividades a que se destina o cadastro, ela deverá ser suprimida, como atentatória ao direito à vida privada.

Esta é a posição mais correta, no nosso entender, porque nenhuma das causas limitadoras do direito à vida privada, como são a segurança e a memória histórica da humanidade,³⁴² podem ser consideradas superiores à personalidade humana, no que se refere a informações não comprováveis.

O destino do instituto do habeas data depende da interpretação que se fará dele. Em alguns anos a jurisprudência mostrará se o "writ" é um eficaz instrumento de defesa da vida privada, ou apenas um dispositivo constitucional "que não pegou".

Esta responsabilidade não é tão somente do Poder Judiciário, mas de todo o jurista que estudar o tema ou peticionar a intervenção jurisdicional. Cabe a todos insistir em uma interpretação ampliativa, em busca de uma Constituição eficaz e garantidora da personalidade humana. Pois, também assim, estarão promovendo uma atividade geradora de direito. Indireta e condicionada a recepção em decisão judicial, mas criadora.³⁴³

341 Ver Cap. II.4. Lei Federal de Proteção dos Dados — Alemanha — e Lei n° 78-12, de 6 de janeiro de 1978 — França — Relativa à informática, aos fichários e às liberdades.

342 Ver Cap. I.7.

343 "... a política jurídica não cumpre somente o papel de guia para o legislador, senão também de guia para a autoridade que administra o direito, em particular os juízes. ... a interpretação doutrinária pode ser uma asserção teórico-jurídica sobre a maneira como deverão decidir os tribunais com toda probabilidade, ou um conselho jurídico-político que indica ao juiz como deverá decidir." (... la política jurídica no solo cumple el papel de guía para el legislador, sino también el de guía para las autoridades que administran el derecho, en particular los jueces. ... la interpretación doctrinaria puede ser una aserción teórico-jurídica sobre la manera cómo habrán de reaccionar los tribunales con toda probabilidad, o un consejo jurídico-político que indica al juez cómo debe reaccionar.) ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. (On Law and Justice). Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963. p. 321. (Tradução livre da autora deste trabalho).

Não há que conformar-se em entendimentos restritivos das liberdades públicas. Devemos manter sempre presente na memória a advertência de Loewenstein:

Com habilidade diabólica, a moderna autocracia perverteu a Constituição, transformando-os em instrumento para firmar seu poder ilimitado; mais de dois quintos da população mundial vivem já sob Constituições aparentes, e não há sinal de que esta calamidade tenha alcançado seu ponto máximo.³⁴⁴

Não se pode admitir uma diminuição do valor efetivo da Constituição, e torná-la apenas letra morta. A busca de subterfúgios processuais como os que se observou nos julgamentos dos primeiros habeas data, impondo-se restrições não constantes dos textos constitucional, a exemplo a exaustão da via administrativa, é uma clara demonstração de atitudes que devem ser evitadas, para um efetivo respeito aos direitos e garantias individuais.

(...) segue-se a necessidade de serem pensadas soluções novas para essas modernas questões, não podendo o juiz e o doutrinador aferrarem-se a conceitos antigos que, para as questões antigas, prestaram grandes serviços, mas que, agora, necessitam de formulações inovadoras. Esperam-se, de juizes e doutrinadores, posturas e idéias despreconceituosas, que possam fazer vingar a CF de 1988, a constituição do povo brasileiro.³⁴⁵

A questão é mais de Juiz culto, desemperrado, vocacionado a fazer justiça democrática, do que de regras procedimentais. Assim, parece ter sido o Juiz da 10ª Vara da Justiça Federal de São Paulo que, conforme notícia na imprensa, num habeas data, "acolheu a petição do advogado Idibal Piveta requerendo acesso às fichas originais com dados a seu respeito arquivadas na Polícia Federal e determinou ao seu superintendente, Marco Antonio Veronessi, que envie no prazo de dez dias "as informações constantes de seus registros". Bem se vê que, se esse Juiz ficasse preocupado em descobrir primeiro qual a natureza da ação e outras abstrações da teoria processual, para decidir o que fazer, para depois dar andamento à causa, por certo não teria dado esse despacho que demonstra descortínio.³⁴⁶

A tutela jurisdicional ainda é a maneira mais segura de garantirmos as liberdades públicas e a personalidade humana, objetivo primeiro do ordenamento jurídico.

O sistema mais eficaz de proteção organizada das liberdades públicas repousa, inegavelmente na possibilidade da tutela jurisdicional, confiada a órgãos

344 Loewenstein Apud. JOSAPHAT, Op. cit., p. 167.

345 VELLOSO, Op. cit., p. 7.

346 SILVA, Op. cit., p. 63.

imparciais e independentes integrantes do Poder Judiciário.³⁴⁷

A jurisdição constitucional das liberdades representa, no plano institucional, a mais expressiva reação jurídica do Estado às situações que lesem, efetiva ou potencialmente, os direitos fundamentais da pessoa, quaisquer de sejam as dimensões em que estes se projetem.³⁴⁸

Dai, o magistério de José Alfredo de Oliveira Baracho: "A jurisdição constitucional da liberdade é o instrumento para resguardar o cumprimento e a superioridade de certos direitos fundamentais inderrogáveis".³⁴⁹

No fundo, esse sistema permite que se realize, por via judicial, as liberdades públicas radicadas no estatuto constitucional. Ele põe em relevo, em última análise, o papel fundamental do juiz no processo de concretização constitucional.³⁵⁰

Não estamos propondo que se atribua ao judiciário a atividade própria do legislativo, de criar normas gerais. Pois tal fato implicaria colocar em risco a segurança de todo o ordenamento jurídico que está fundamentado na lei como único marco de subordinação.³⁵¹

Apenas, clarificar a importância do juiz, como intérprete da lei e criador do direito, através de normas individuais (sentenças), e de todos aqueles que direta ou indiretamente influenciam esta criação, através da petição ou da doutrina.

Mas o juiz não é nenhuma máquina automática de subsumir, nem legislador, quer dizer, um criador de normas gerais: o juiz está submetido à lei e tem que aplicá-la ao caso concreto; mas como a lei, por mais estrita que seja, deixa sempre uma margem de liberdade, porque sempre possui uma dose de indeterminação, o juiz, ao aplicar a norma geral, cria uma norma nova, não geral, se não individual, mas norma ao final, que acrescenta um *plus* ao conjunto do ordenamento jurídico.

347 RAMOS, Op. cit., p. 19808.

348 Ibidem

349 BARACHO, José A. de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro, Forense, 1984. p. 114.

350 RAMOS, Op. cit., p. 19808.

351 Ver LACAMBRA, L. Legaz y. *Filosofia del Derecho*. Cuarta Edición, Barcelona, Bosch Casa Editorial SA., 1975. p. 575.

co.³⁵²

Mas o juiz não pode deixar de cumprir sua tarefa. Tem que decidir, e esta decisão há de originar-se, qualquer que seja seu conteúdo, numa valoração. Sua interpretação da lei (em um sentido amplo) é, nesta medida, um ato de natureza construtiva, não um ato de puro conhecimento.³⁵³

A autoridade que administra o direito, em particular o juiz, se sente obrigada pelas palavras da lei e as outras fontes do direito. Sem embargo, estas sempre deixam espaço à interpretação, e à norma jurídica concreta em que se traduz a decisão, é sempre criação, no sentido de que não é uma mera derivação lógica de regras dadas.³⁵⁴

Mesmo a considerarmos que o sistema jurídico nacional, através do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, não inclui a jurisprudência entre os mecanismos integrativos do ordenamento, cabe integralmente o dizer de Lacambra:

Seria errôneo crer que com esta referência ao Direito positivo resolve-se o problema. O Direito positivo não resolve todos os problemas do Direito positivo com a realidade jurídica. E assim ocorre com o problema da jurisprudência. Pois na Espanha já temos dito que não está reconhecida legalmente como fonte do Direi-

352 Pero el juez no es ne una máquina automática de subsumir, ni un legislador, es decir, un creador de normas generales: el juez está sometido a la ley y tiene que aplicarla al caso concreto; pero como la ley, por muy estricta que sea, le deja siempre un margen de libertad, porque siempre posee en dosis de indeterminación, el juez, al aplicar la norma general, crea una norma nueva, no general, sino individual, pero norma al fin, que aporta un *plus* al conjunto del orden jurídico". LACAMBRA, Op. cit., p. 576. (Tradução livre da autora deste trabalho)

353 Pero el juez no puede dejar de cumplir su tarea. Tiene que decidirse, y esta elección ha de originar-se, cualquiera sea su contenido, en una valoración. Su interpretación de la ley (en sentido más amplio) es, en esta medida, un acto de naturaleza constructiva, no un acto de puro conocimiento. ROSS, Op. cit. p. 133.

354 La autoridad que administra el derecho, en particular el juez, se siente obligada por las palabras de la ley y las otras fuentes del derecho. Sin embargo, éstas siempre dejan cabida a la interpretación, y la norma jurídica concreta en la que se traduce la decisión, es siempre creación, en el sentido de que no es una mera derivación lógica de reglas dadas. ROSS, Op. cit. p. 321.

to, e, sem embargo, ninguém duvida da grande força que na prática possui.³⁵⁵

No mesmo sentido de demonstrar a força que a jurisprudência desempenha, como condicionador de decisões futuras, podemos citar Alf Ross:

Pode-se dar por assentado, com certeza, que os precedentes, isto é, as decisões anteriores, hão desempenhado sempre um papel importante na decisão de uma controvérsia ante um tribunal. O fato de que em um caso anterior de caráter similar tenha-se escolhido uma certa regra como fundamento da decisão, constitui num forte motivo para que o juiz funde a decisão presente na mesma regra. Considerando que proceder assim economiza tempo, dificuldade e responsabilidade, este motivo está intimamente relacionado com a idéia de justiça formal, que em todos os tempos parece haver sido um elemento essencial da administração da justiça: a exigência de que os casos análogos recebam similar tratamento, ou de que cada decisão concreta esteja baseada em uma regra geral.³⁵⁶

Este valor que o entendimento jurisprudencial ampliativo pode alcançar é reconhecido, especificamente no que trata do habeas data, pela doutrina pátria.

É de se lamentar contudo que o constituinte não tenha aproveitado a ocasião para colocar a temática em nível mais alto do que ela é encontrável em algumas Constituições, onde o instituto transcende as dimensões de um mero meio de acesso aos dados pessoais, para transformar-se em um contrapeso eficaz à utilização da informática pelo Estado moderno.

Cremos, no entanto, que esta ampliação do instituto possa ser atingida por uma interpretação jurisprudencial construtiva, assim como por uma legislação

355 Seria erróneo creer que com esta referencia ao Derecho positivo quedaba resuelto el problema. El Derecho positivo no resuelve todos los problemas des Derecho positivo como realidade juridica. Y así ocurre con el problema de la jurisprudencia. Pues en Espana ya hemos dicho que no está reconocida legalmente como fuente de Derecho, y, sin embargo, nadie duda de la gran fuerza que en la práctica posee. LACAMBRA, Op. cit. p. 579. (tradução livre da autora deste trabalho).

356 Se puede dar por sentado, con certeza, que los precedentes, esto es, las decisiones anteriores, han desempenado siempre un papel importante en la decisión de una controversia ante un tribunal. El hecho de que en un caso anterior de carácter similar se haya elegido una cierta regla como fundamento de la decisión, constituye un fuerte motivo para que el juez funde la decisión presente en la misma regla. Aparte de que proceder así le ahorra tiempo, dificultad y responsabilidad, este motivo está estrechamente relacionado con la idea de justicia formal, quemen todos los tiempos parece haber sido un elemento esencial de la administración de justicia: la exigencia de que los casos análogos recibam similar tratamiento, o de que cada decisión concreta esté basada en una regla general. ROSS, Op. cit. p. 82. (tradução livre da autora deste trabalho).

ordinária ampliativa.³⁵⁷

E, finalmente, para que o remédio heróico do habeas data não se torne inócuo, isto é, apenas como mais uma figura jurídica que possa dar falsa impressão de tutela aos direitos da personalidade, é necessário fortalecê-lo, expungindo falsas interpretações, para elevá-lo à condição de real instrumento de proteção à pessoa, "a sua intimidade, vida privada, honra e imagem" (art. 5º, inc. X, da CF), os quais são invioláveis.³⁵⁸

357 BASTOS, Op. cit.,p. 365.

358 SILVA Filho, Op. cit.,p.228.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A vida privada recebeu o “status” de liberdade pública, com a promulgação da Constituição de 1988.

Entretanto, a simples declaração do direito não significa seu respeito.

A operatividade ou eficácia do sistema de Liberdades Públicas necessita/implica operatividade ou eficácia dos instrumentos de defesa destas Liberdades.

Para defender a vida privada, além dos instrumentos processuais tradicionais, o constituinte incluiu no ordenamento jurídico nacional um instituto novo, o Habeas Data.

Entretanto, as possibilidades do novel “writ” ainda não foram devidamente exploradas.

Se entendermos como verdadeira a afirmação de Alf Ross³⁵⁸ que limita a atividade legiferante à consciência jurídica³⁵⁹ predominante na comunidade, teremos que admitir que é lento o caminho desde o sentir popular até a positivação do direito, como realmente o é.

358 Ver ROSS, Op. cit 142. p. 359.

359 Consciência jurídica, ..., é uma atitude desinteressada de aprovação ou desaprovação frente a uma norma. (la consciència jurídica, ... ; es una actitud desinteresada de aprobación o desaprobación frente a una norma. ROSS, Op. cit. p. 357.

Porém, a positivação de determinada norma não encerra seu caminho para a eficácia, inicia-o.

O habeas data encontra-se neste processo.

Não é este um processo de resultado certo e previsível.

A criação legislativa nem sempre assumirá o papel que o legislador pensou. Por vezes se desenvolverá, tomando novos sentidos não imaginados quando de sua criação e por outras cairá no desuso.

Neste ou noutro destino influenciam inúmeros fatores sociais, culturais e políticos.

Mas influencia, também, de maneira marcante, a interpretação e a utilização que o jurista fará da norma.

Isso porque o direito não se cria somente pelo legislador, mas também pela sentença.

Se a sentença está limitada pelo texto legal, tem as possibilidades de interpretação jurisprudencial e doutrinária que podem ampliar o significado da norma. A sentença é atividade de criação do direito, mesmo que assim não admitam os juízes ao prolatá-las. E, desta forma, em certa medida, a doutrina, ao influenciar a decisão, também o é.

O direito não está estático no tempo e no espaço, modifica-se a cada dia, diante de cada circunstância nova que é levada a análise, e assim deve ser visto.

O habeas data, até o presente momento não despertou maior interesse em torno de suas possibilidades eficaciais, nem na doutrina nem na jurisprudência. Parece que todos estão conformados com uma defesa parcial e capenga do direito à vida privada.

O destino deste instrumento depende de uma nova postura jurídica. Uma postura que o torne o contraponto às ameaças que a tecnologia cria para a vida privada.

Entre as possibilidades eficaciais do habeas data, privilegiamos neste trabalho, a de instrumento de defesa da vida privada, pela supressão de dados sensíveis.

Dados sensíveis, aqueles dados informes ou registros que mantêm uma ligação de pertinência com o conceito de vida privada. Aqueles que se levamos em conta as características culturais e sociais do nosso país, em nosso tempo, são tidos como de âmbito reservado.

Dados que permitem discriminação preconceituosa por crença, religião, filosofia, origens raciais, tendência sexual, etc.

Como tratam-se de conceitos extremamente flexíveis, torna-se necessária a elaboração de listagens exemplificativas, que balisaram as decisões de reconhecimento da sensibilidade dos dados. Listagens que tem o intuito de criar um mínimo de base para a decisão. Listagens que objetivam

amparar o julgador para que não fique perdido entre conceitos variáveis e relativos que a doutrina não pode precisar.

Assim, propomos como listagens de dados, que em princípio devem ser considerados sensíveis, os seguintes:

- a) idéias e crenças religiosas, filosóficas, mágicas e políticas;
- b) aspectos concernentes à vida amorosa e sexual;
- c) defeitos ou anomalias físicas ou psíquicas não ostensivos;
- d) comportamento do sujeito que não é conhecido de estranhos e que ao ser conhecido, originaria crítica ou desmereceria a apreciação que estes fazem daquele;
- e) afecções de saúde cujo conhecimento menoscabe o juízo que para fins sociais ou profissionais formulam os demais acerca do sujeito;
- f) a vida passada do sujeito, quando possa ser motivo de aborrecimento para este;
- g) origens familiares que lastimem a posição social e da mesma forma, questões concernentes a filiação e aos atos de estado civil;
- h) o cumprimento das funções fisiológicas de excreção e fatos ou atos relativos ao próprio corpo que são tidos por repugnantes ou socialmente inaceitáveis (ruídos corporais, intromissão de dedos em cavidades naturais, etc.);
- i) em geral, todo dado, fato ou atividade pessoal não conhecida por outros, cujo conhecimento por terceiros produza turbção moral ou psíquica ao afetado (nudez, embarço prematrimonial).

Frente ao registro destes dados, devemos confrontá-los com a necessidade do arquivamento. Esta balizada pelos objetivos do cadastro.

Ou seja, se algum dos interesses limitadores do direito à vida privada, que agrupamos em interesses relacionados com a segurança — individual, pública ou nacional — e a história, indicarem a necessidade do registro de determinada informação, em determinado cadastro, para que este cumpra seus objetivos, então é lícito seu arquivamento, caso contrário, sua exclusão ou supressão poderá ser postulada e deverá ser determinada, por lesão à liberdade pública do direito à vida privada.

Até o presente momento, o ordenamento jurídico nacional não conta com um instrumento específico que possibilite essa defesa. Entretanto, esse papel poderá ser assumido pelo habeas data.

Alguns doutrinadores já reconheceram esta possibilidade, pela ampliação da expressão retificação, constante da letra “b”, do inciso LXXII, do artigo 5º da Constituição Federal.

Retificar, para tornar reto, corrigir, emendar, dar ao cadastro o seu objetivo legítimo, expurgando os elementos que são desnecessários e que afrontam ao direito à vida privada.

Para que isso seja possível, deveremos reconhecer no habeas data a possibilidade de análise dos objetivos cadastrais e a inversão do ônus da prova. No primeiro caso, porque se alguém pretende registrar determinada informação sensível, deve estar amparada por razão limitadora do direito à vida privada, sob pena de estar ferindo este direito. No segundo, porque se alguém pretende terceirizar essas informações, como verdadeiras, mesmo que compiladas dentro dos parâmetros de normalidade, para os objetivos do cadastro, deve ter que demonstrar a sua veracidade. Se o cadastrador não tem como demonstrar a veracidade da informação registrada, deve ser impedido de divulgá-la.

A única maneira realmente eficaz de realizar a proibição de divulgação é pela supressão dos dados do registro; as propostas de bloqueio têm demonstrado constantemente suas falhas, frente ao curioso mais persistente.

Esta é a forma que propomos para tornar o habeas data no verdadeiro instrumento de defesa da vida privada contra as ameaças tecnológicas que enfrentamos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Trad. Alfredo Bozi. São Paulo, Mestre Jou, 1982. 976p.
- ABRANCHES, Carlos A. Dunshee. Privacidade das Informações Pessoais. *Jornal do Brasil*. 24 de maio de 1978.
- ACKEL FILHO, Diomar. *Writs Constitucionais: Habeas Corpus, Mandado De Segurança, Mandado De Injunção, Habeas Data*. São Paulo, Saraiva, 1988. 148p.
- AMORIM FILHO, Agnelo. Critério Científico para distinguir a Prescrição da Decadência e identificar Ações Imprescritíveis. *Revista Forense*. Vol 193: p.30-59. Rio de Janeiro. out/dez. 1961.
- . Ato Falho. No Paraná, aidédico tem sua doença revelada em edital. *Isto É*, nº1270:p.15-16, 02 de fevereiro de 1994.
- AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Tutela da Intimidade: Controle de Bancos de Bados. *Advogado*. Vol.4 (nº 11): p. 60-72, jan/abr, 1987.
- BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Granda. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. 2º Vol. São Paulo, Saraiva, 1988.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Habeas Data ou Habeas Scriptum. *Jornal do Advogado*. Belo Horizonte. Agosto de 1988. p.3.
- . *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro, Forense, 1984.
- BARBI, Celso Agrícola. Proteção Processual dos Direitos Fundamentais. *Ajuris*. nº 43: p. 137-154. Porto Alegre. jul, 1988.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rev. e Atua. p. Caio Mario da Silva Pereira. 2ª ed. Rio de Janeiro, Rio, 1980.

- BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1989. 143 p.
- CANOTILHO, J.J. Gomes & MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra, Coimbra Ed., 1980.
- CAPITANT, Henry. Vocabulário jurídico. Trad. Aquiles Horácio Guacianone. Depolnio, Buenos Aires, 1975. 603p.
- CARBONNIER, Jean. *Droit Civil*. Paris, Presses Universitarie de France, 1955. 703 p.
- CARLIN, Volnei Ivo. Invasão da Privacidade pela Escuta Telefônica. *Jurisprudência Catarinense*. Vol.56: p 13-17. abr/jun. 1987.
- . Iniciação à Informática Jurídica: Reflexões sobre Experiência Realizada. *Jurisprudência Catarinense*. Vol.36: p.25-38.abr/jun. 1982
- CARR, Edward H. *O que é História?*. 6ª ed. Trad. Lúcia Maurício de Alvarenga. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1989.
- CERQUEIRA, Tarcísio Q. Informática, Sistemas e Poder Judiciário. *ADV - Advocacia Dinâmica Informativo*. nº. 29:p. 34-38. São Paulo. fev.1986.
- CÊSAR, Joaquim Pontes Cerqueira. A Garantia Constitucional do Habeas Data. *Revista de Processo*. Vol 61: 79-90. jan/mar. 1991.
- CHAVES, Antonio. *Lições de Direito Civil, Parte Geral*. Vol. 3. São Paulo, J. Bushatsy, 1972.
- CHILDE, V. Gordon. *A Evolução Cultural do Homem*. (Mam Makes Himself). Trad. Waltensir Dutra. 5ª ed. Rio de Janeiro, Guanabara Koogan S.A., 1981.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970. 116 p.
- COSTA, Marcus V. A. da. Habeas Data. *Bahia Forense*.V. 32: p.32-35. Salvador. jan/jun. 1990.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Vol. 2. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1989.
- . O Novo e inócuo "Writ" Constitucional: o Habeas Data. *Revista Forense*. Vol. 304: p. 99-104.out/dez. 1988.
- . *Os Writs na Constituição de 1988: Mandado de Segurança, Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, habeas Data, Habeas Corpus, Ação Popular*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1989.
- DE CUPIS, Adriano. *I Diritti Della Personalità*. Milano, Dott A. Gioffré Editore. 1950. 152 p.
- DEDA, Artus Oscar de Oliviera. A Intimidade como Direito Subjetivo Privado. *Revista de Direito Civil Imobiliário Agrário e Empresarial*. Vol. 10 (n. 36): p.21-32. Abr/jun, 1986.

- DINIZ, Carlos Francisco Sica. Privacidade. In; *Enciclopédia Saraiva de Direito*. Coordenação Prof. Limongi França. Vol. 61: p. 170-175. São Paulo. 1981.
- DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Direito Constitucional* (Instituições de Direito Público). Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984.
- DOTTI, René Ariel. A Liberdade e o Direito a Intimidade. *Revista de Informação legislativa*. Vol. 17 (n. 66): p. 125-152. Abr/jun. 1980.
- . A Proteção da Vida Privada e a Liberdade de Informação. *Revista dos Tribunais*. Vol 514: p. 11-19. Ago. 1978.
- . *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação: Possibilidades e Limites*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980. 300 p.
- DONADIO, Anna Maria Hilda de Almeida. O Direito à Intimidade Tutelado na Constituição de 1988. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*, nº. 62: p. 44-47. fev/abr. 1990.
- DURVAL, Hermano. *Tecnologia e Direito: Princípios Gerais*. Rio de Janeiro, Trabalhista, 1980. 141p.
- . A dimensão Jurídica de Fita Magnética. *Revista Forense*, Vol. 251: p. 385-390. São Paulo. jul/set. 1975.
- ECO, Humberto. *Como Se Faz Uma Tese, Em Ciências Humanas*. (Como si Fa Una Tesi Di Laurea). 4ª ed. Lisboa, Editorial Presença, 1988. 231 p.
- FERNANDES, Milton. O “Habeas Data”, como defesa à ameaça tecnológica. *Revista dos Tribunais*. Vol 704: p.63-70. jun. 1994.
- . *Proteção Civil da Intimidade*. São Paulo, Saraiva, 1977. 303 p.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 1990.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 1ª ed. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1975.
- FRANÇA, Limongi. *Manual de Direito Civil*. Vol. 1. São Paulo, Revista dos Tribunais. 1966.
- FROSSINI, Vittorio. Banco de Dados y Tutela de la Persona. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Epoca). Nº 36: p. 21-40 Nov/Dic. 1982.
- GARCIA, Dinio de Santis. Direito e Tecnologia. *Revista Forense*, Vol. 247: p. 355-360. São Paulo. jul/set. 1974.
- . *Introdução à Informática Jurídica*. São Paulo, José Bushatsky Editor (Universidade de São Paulo), 1976. 139 p.
- GIANOTTI, Eduardo. *A tutela Constitucional da Intimidade*. Rio de Janeiro, Forense, 1987.
- GLASBERG, Rubes. As Ameaças à Privacidade. *Revista Exame*, Vol. 17 (n. 304): p. 36-42. jun. 1984.
- GOLDEMBERG, José. Informática e Privacidade. *O Estado de São Paulo*. 29 de junho de 1982.

- GOMES, Orlando. Direitos da Personalidade. *Revista Forense*. Vol. 216: p.5-10. Rio de Janeiro. out/dez. 1966.
- . *Introdução ao Direito Civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1986.
- . Responsabilidade Civil na Informática. *Revista Forense*. Vol. 298: p. 3-6. Abr/jun. Rio de Janeiro. 1987.
- GRECO FILHO, Vicente. *Tutela Constitucional das Liberdades*. São Paulo, Saraiva, 1989. 201p.
- GROSSWRITH, Marvim. O Computador e a Erosão da Privacidade. *O Estado de São Paulo*, 20 de novembro de 1977.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. Habeas Data. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*. Vol.4: p. 49-50. jan/jun. Curitiba. 1989.
- LACAMBRA, Luiz Legaz y. *Filosofia del Derecho*. Cuarta Edición. Barcelona, Bosch Casa Editorial S.A., 1975.
- . *Horizontes del Pensamiento Jurídico* (Estudos de Filosofia del Derecho) .Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1947.
- . *El Derecho y la Persona Humana*. Madrid, Filosofia Española Contemporánea, 1970.
- . Lei Canadense Sobre os Direitos das Pessoas (Human Right Act. 02 de julho de 1977). Versão publicada pela revista Dados e Idéias, nº 4. Fev/mar, 1978. p. 35.
- . Lei Federal de Proteção dos Dados — Alemanha — *Revista Forense*. Vol. 272: p. 423-431. Rio de Janeiro. 1980.
- . Lei nº 78-12, de 6 de janeiro de 1978 — França — Relativa à informática, aos fichários e às liberdades. *Revista Forense*. Vol. 272: p. 431-435. Rio de Janeiro. 1980.
- LEITE, Julio Cesar do Prado. Direito à Intimidade e Informática. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiro*, V. 19(n. 64/65): p. 103-108. jan/dez. 1985.
- LOSANO, Mario G. *Lições de Informática Jurídica*. São Paulo, Resenha Tributária, 1974. 237 p.
- MAIA, J. Motta. Segurança Individual. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*. Coordenação Prof. Limongi França. Vol. 67: p. 273-278. São Paulo. 1977.
- . Segurança Pública. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*. Coordenação Prof. Limongi França. Vol. 67: p. 299-304. São Paulo. 1977.
- MALERBI, Diva Prestes Marcondes. *Perfil do Habeas Data*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989. 37p.
- MARINHO, Josaphat. Dos Direitos Humanos e suas Garantias. *As Tendências Atuais do Direito Público*. Estudos em homenagem ao Prof. Afonso Arinos de Melo Franco. Rio de Janeiro, Forense, 1976. p.167-181.
- MARTINHO, Antonio Anselmo. Informática Jurídica Hoje. *Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. Vol 91: p.7-22. jul/set. 1987.

- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 17º ed. São Paulo, Malheiros, 1992. 702p.
- . *Mandado de segurança, Ação popular, Ação Civil Pública, mandado de Injunção, "Habeas Data"*. 13º Ed. Atualizada pela constituição de 1988. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989. 197 p.
- MELLO, Marcos Bernandes de. *Teoria do Fato Jurídico*. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 1986. 227 p.
- MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. 2ª ed. Petrópolis, Vozes, 1991. 159 p.
- MIRANDA, Vera Lúcia. O olho oficial: intruso e sem controle. *Jornal da Tarde*. 14 de março de 1981.
- MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. Tomo V, 2ª ed. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1955.
- MONREAL, Eduardo Novoa. *Derecho de la Vida Privada y Libertad de Informacion - un conflicto de derechos*. México (DF). Siglo Vintiuno Editores, 1981. 224p.
- MORAES, Walter. Concepção Tomista de Pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade. *Revista dos Tribunais*, Vol. 590: p.14-24. São Paulo. Dez. 1984.
- MOREIRA, Wander Paulo Marotta. Do Mandado de Segurança e Institutos Afins na Constituição de 1988. In: *Mandado de Segurança e de Injunção*. Coord., Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo, Saraiva, 1990. p. 420.
- NEVES, Francisco de Assis Serrano. *Tutela Penal da Solidão*. Rio de Janeiro, Trabalhistas, 1981. 222 p.
- NEWTON, Ronaldo. A invasão oculta dos computadores. A intimidade Viagiada - 1. *Jornal O Globo*. 18 de julho de 1974.
- NUSDEO, Marcos F.O. & FOLGOSI, Rosalea M. Habeas Data. *Revista de Direito Processual*. Vol. 87: p.90-94. jul/set. 1988.
- . O Assalto à Vida Privada. *Jornal do Brasil*. 14 de maio de 1972.
- OLIVEIRA, Maria Tereza. Redes Internacionais: a privacidade em questão. *Dados e Idéias*. Vol. 3. p:2-11. dez/jan 1977/78.
- OLIVIERA, Moacyr de. Intimidade. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*. Coordenação Prof. Limongi França. Vol. 46: p. 100-104. São Paulo. 1980.
- PABST, Haroldo. Norberto Werner, Cibernética e Direito. *Jurisprudência Catarinense*. Vol. 9: p.15-17. jul/set. 1975.
- PACHECO, José da Silva. *Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991. 472 p.
- PASSOS, J.J. Calmon de. *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data - Constituição e progresso*. Rio de Janeiro, Forense, 1989. 163 p.

- PAUPÉRIO, A. Machado. Segurança Jurídica — I. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*. Coordenação Prof. Limongi França. Vol. 67: p. 291-293. São Paulo. 1977.
- . Por um Punhado de Dólares. O comércio de escândalos sexuais seduz leitores e enriquece arapongas e espertalhões. *Veja*. nº:1332:p.32-34.23 de março de 1994.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol I. 6ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1982.
- PIRES, Claudio Albuquerque. Do Direito da Intimidade. *Ajuris*. nº. 36: p.31-35. Porto Alegre. mar. 1986.
- RAMOS, Saulo. Consultoria Geral de República (Parecer SR 13, de 17 de outubro de 1986.). *Revista de Direito Administrativo*. Vol. 166: p.139-152. out/dez. 1986.
- . Consultoria Geral de República (Parecer SR 71, de 6 de outubro de 1988.). *Diário Oficial da União*. 11 de outubro de 1988. p. 19804-10812.
- REIS, Ernesto José Pereira dos. Habeas Corpus - Habeas Data. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. vol. 83: p. 9-28. São Paulo. dez. 1990.
- . Ressaca de Pepsi. Michael Jackson volta ao palco, mas patrocinador teme escândalo. *Isto É*. nº1249: p.19-20. 8 de setembro de 1993.
- RIBEIRO, Darcy. *Teoria do Brasil*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1972.
- RODRIGUES, Roberto J. Bancos de Dados e Privacidade das Informações. *O Estado de São Paulo*. Suplemento Cultural. 2 de julho de 1978.
- ROMANI, Santis. *Princípios do Direito Constitucional Geral*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977.
- ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. (On Law and Justice). Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963. p. 375.
- SANCHES, Sidney. Inovações Processuais na Constituição Federal. *Revista Forense*. Vol 304: p.215-223. out/dez. Rio de Janeiro. 1988.
- SIDOU, M. J. Othon. Direito à Intimidade. *Revista dos Tribunais*. Vol.421: p. 9-12. São Paulo. nov. 1970.
- SILVA FILHO, Arthur Marques da. "Habeas Data" Remédio heróico ou inócuo. *Revista dos Tribunais*. Vol.649: p. 220-229. São Paulo. nov. 1989.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989.
- . *Mandado de Injunção e Habeas Data*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989. 69 p.
- . O Habeas Data. *O São Paulo (Semanário da Cúria Metropolitana de São Paulo)* p. 8. 26 de novembro à 2 de dezembro de 1986.

- SIMMEL, Arnol. Intimidad, Esfera Reservada de la. In: *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*. Dirigida por David L. Sillis. Vol. 6. (Edición Espanola Director vicente Cervera Tomás). Madrid, Aguilar, 1975.
- SIQUEIRA, Ethevaldo. O Computador e a sua Privacidade. *Folha de São Paulo*. 9 de março de 1983.
- . O Computador Viola o Direito à Intimidade. *O Estado de São Paulo*. 31 de agosto de 1975.
- STÜRMER, Bertom A. Banco de Dados e Habeas Data no Código do Consumidor. *Ajuris*. nº 53: p.139-181. Porto Alegre. nov. 1991.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Habeas Data. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*. Vol.32:p.101-118. dez.1989.
- TEMER, Michel. Algumas Notas Sobre o Mandado de Segurança Coletivo, o Mandado de Injunção e o Habeas Data. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*. Vol.30: p.11-16. dez. 1988.
- . *Elementos de Direito Constitucional*. 6ª ed. ampl. e rev. de acordo com a CF de 1988. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989.
- TENÓRIO JÚNIOR, Euclides. Combatendo o Big Brother. *BANAS*. Vol. 25(nº 1185): p.25-27. set. 1978.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ação Popular, Habeas Data e Mandado de Injunção na Nova Constituição Brasileira. *Revista Jurídica Mineira*. Ano VII, Vol. 69. p.133-150. Belo Horizonte, jan. 1990.
- VASCONCELOS, Arnaldo. Segurança do Direito. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*. Coordenação Prof. Limongi França. Vol. 67: p.267-271. São Paulo. 1977.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. As novas Garantias Constitucionais: Mandado de Segurança Coletivo, o Habeas Data, o Mandado de Injunção e a Ação Popular para Defesa da Moralidade Administrativa. *Revista dos Tribunais*. Vol 644: p. 7-17. São Paulo . jun 1989.
- VIEIRA, Listz. Informática e Liberdade. *Jornal do Brasil*. 9 de dezembro de 1984.
- WAACK, Willian. Aqui está todo o terror do mundo. *Jornal da Tarde*. 8 de junho de 1978.